Pf XVIII-61

QUESTIONS

CONCERNANT

LES SUBSTITUTIONS,

AVEC

LES RÉPONSES DE TOUS LES PARLEMENS *ET* COURS SOUVERAINES *DU ROYAUME*, ET DES OBSERVATIONS *DE M. LE CHANCELIER D'AGUESSEAU*, SUR LESDITES RÉPONSES.

par Mr Vaquier, Avocat

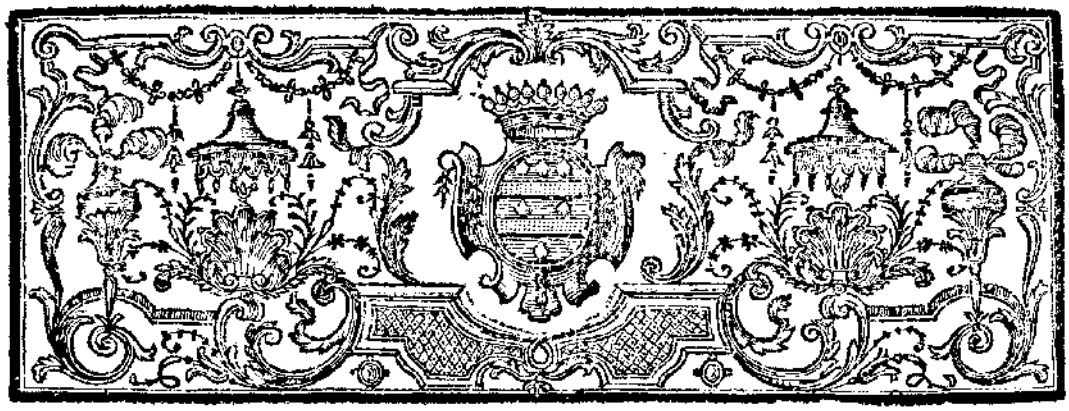
BIBLIOTHÈQUE DE L'UNIVERSITÉ TOULOUSE

A TOULOUSE,

Chez JOSEPH DALLES, Imprimeur-Libraire, & FRIS VITRAC, Libraire, rue des Changes, aux Arts & Sciences.

M. DCC. LXX.

AVEC PRIVILEGE DU ROI.



A MONSEIGNEUR

D'AGUESSEAU,

MARQUIS DE FRESNES,

CONSEILLER D'ÉTAT ORDINAIRE ET DOYEN DU CONSEIL.

MONSEIGNEUR,

Quel autre Nom que le vôtre pourrions-nous placer à la tête d'un Ouvrage, monument éternel de la sagesse de votre illustre Pere. Quoique

personne ne fût plus capable que lui de tirer de son propre fonds ces Regles sages & bien vues qui assurent la stabilité des Loix, il ne s'en rapporta jamais à ses seules lumieres ; il savoit qu'une bonne Législation est le chef-d'œuvre de la sagesse humaine, & qu'un Législateur doit être toujours en garde contre cette perfection théorique qui s'évanouit si souvent dans le creuset de l'expérience & de l'usage. Il savoit enfin que l'objet des Loix étant de procurer le bonheur commun, la

meilleure Loi étoit celle dont l'utilité étoit le plus universellement sentie. Aussi les Loix civiles, dont la Nation est redevable à Mr le Chancelier d'Aguesseau, n'ont point éprouvé le sort de tant d'autres Réglemens que l'usage a abrogés, & qui surchargent notre Code sans éclairer les Tribunaux.

Quelle gloire pour vous, MONSEIGNEUR, de porter un nom si cher à la Magistrature & à la Nation entiere, sans être accablé de ces honorables

Sardeau. Vos talens & vos vertus acquittent pleinement la dette immense que vous avez contractée en naissant. Puissiez-vous long-temps jouir des avantages attachés à ce nom illustre, & voir perpétuer par vos descendans cette heureuse tradition de vertus qui distinguent votre Maison.

Nous sommes avec un très-profond respect,

MONSEIGNEUR,

De votre Grandeur,

Les très-humbles & très-obéissans Serviteurs,
DALLES & VITRAC.

TABLE
DES QUESTIONS
Contenues dans cet Ouvrage.

QUESTION PRÉLIMINAIRE, page 1

Premiere Question. *Si la disposition de l'art. CXXV de l'Ordonnance de 1629, touchant les Substitutions des choses mobiliaires, doit être abrogée dans les pays où elle a eu lieu jusqu'à présent, ou si elle doit être étendue aux Provinces où elle n'a point été observée ?* 3

Seconde Question. *Si l'on prenoit ce dernier parti, faudroit-il excepter de la regle générale, non-seulement les Donations ou les Legs des meubles précieux, à l'exemple de l'Ordonnance de 1629, mais encore les dispositions qui comprennent l'universalité des meubles ?* 22

Troisieme Question. *Si dans les Parlemens où l'Ordonnance de 1629 est observée, on suit la disposition de cette Ordonnance qui défend aux personnes rustiques de faire des Substitutions, & s'il convient d'en faire une Loi générale ?* 30

Quatrieme Question. *Si le fidéicommis contractuel est révocable lorsqu'il a été accepté par le premier substitué, & s'il y a des distinctions à faire à cet égard, soit entre le fidéicommis apposé à une donation & celui qui est apposé à une institution contractuelle, soit entre les nobles & les roturiers ?*

Quid. *Si le Substitué a été seulement présent à l'Acte, sans aucune acceptation expresse & formelle de sa part ?* 40

Cinquieme Question. *Si celui qui a fait une Substitution par un Acte entre vifs, peut en changer les clauses par un Acte postérieur ?* 64

Sixieme Question. *Si un Donateur peut grever de Substitution les biens qu'il a précédemment donnés, sans aucune charge, soit qu'il se soit réservé ce pouvoir dans la donation, soit qu'il ne se le soit pas réservé ; & supposé qu'il le puisse, dans quel cas & en faveur de quelles personnes, & sous quelles conditions il peut user de ce pouvoir ?* 71

Septieme Question. *Si le sens dans lequel quelques Parlemens ont entendu les articles des Ordonnances qui réglent la durée des Substitutions en les étendant jusqu'à quatre degrés, outre l'institué, est préférable à celui que d'autres Parlemens donnent aux mêmes articles en restreignant la Substitution à deux degrés outre l'institué?* 85

Huitieme Question. *Si les degrés doivent être comptés par souches ou par têtes?* 100

Neuvieme Question. *S'il y a quelques distinctions à faire sur les questions précédentes entre les nobles & les roturiers?* 108

Dixieme Question. *Si ceux qui sont appellés conjointement à une Substitution, doivent être comptés pour un seul degré ou pour plusieurs?* 112

Onzieme Question. *Si celui en faveur de qui la Substitution est ouverte de droit, mais qui ne l'a pas recueillie de fait, est censé remplir un degré?*

Si la simple demande formée par celui à qui le droit est échu, le doit faire compter pour un degré? 116

Douzieme Question. *Si la caducité de l'institution emporte la caducité de la Substitution fidéicommissaire, ou si cette Substitution doit alors être regardée comme convertie en Substitution vulgaire pour soutenir le Testament?*

Quid. *S'il y a une clause codicillaire dans le Testament?* 126

Treizieme Question. *Si la renonciation de l'héritier institué nuit aux substitués dans les Substitution fidéicommissaires?* 143

Quatorzieme Question. *Si dans tous les cas où l'on décideroit qu'au défaut de l'institué, le premier substitué en prend la place, on ne comptera les degrés de Substitution, qu'en commençant depuis la personne du substitué, sans que le premier qui tient lieu de l'institué fasse un degré?* 150

Quinzieme Question. *Si celui qui est appellé à une Substitution peut y renoncer avant qu'elle soit ouverte pour faire place au degré subséquent, & si en ce cas il fait un degré?* 156

Seizieme Question. *Si la mort civile donne ouverture au fidéicommis? Si elle n'y donne lieu qu'en cas qu'il y ait une prohibition expresse d'aliéner?* 173

Dix-septieme Question. *Si la profession religieuse donne ouverture au fidéicommis, & si elle remplit ou fait manquer la condition* si non nupserit *& la condition* si nupserit? 190

Dix-huitieme Question. *Si la condition* si sine liberis *est remplie*

plie quand il y a des enfans existans mais incapables ? 204

Dix-neuvieme Question. *Si l'on doit décider en général que les enfans mis dans la condition, ne sont pas dans la disposition quand il n'y a point des circonstances ou de conjectures qui puissent faire juger le contraire ?* 217

Vingtieme Question. *Supposé que l'on prenne le parti de les admettre à la Substitution dans le cas des présomptions expliquées par* Cujas & Dumoulin, *le concours de toutes ces présomptions ou de deux au moins est-il nécessaire, ou une seule peut-elle suffire ?* 226

Vingt-unieme Question. *Si lorsque la condition est conçue en ces termes*, au cas de décès sans enfans mâles, *cette seule qualité de mâles suffit pour mettre les enfans dans la disposition quoiqu'il n'y ait aucune autre circonstance ni présomption ?* 244

Vingt-deuxieme Question. *Si l'on doit dire que les enfans sont dans la disposition, lorsque la condition est conçue en ces termes ;* sans enfans mâles ni filles? 249

Vingt-troisieme Question. *Si lorsque la condition est redoublée, & que le donateur ou le testateur s'est servi de ces termes*, au cas de décès sans enfans, & des enfans sans enfans, *cela suffit pour mettre les enfans dans la disposition ?*

S'il y a quelque différence à faire lorsque la condition est redoublée par la particule disjonctive, ou en ces termes en cas de décès sans enfans *ou* des enfans sans enfans ? 252

Vingt-quatrieme Question. *Si pour faire cesser toutes les disputes, & prévenir tous les Procès qui naissent touchant les enfans mis dans la condition, il seroit utile d'établir pour regle générale qu'ils seront indistinctement dans la disposition, comme on l'a fait dans quelques pays étrangers ?* 260

Vingt-cinquieme Question. *S'il ne seroit pas plus simple & plus utile d'établir la regle contraire, c'est-à-dire, qu'à l'avenir les enfans qui ne seront que dans la condition, ne seront en aucun cas compris dans la disposition, & malgré le concours des présomptions reçues en cette matiere ?* 265

Vingt-sixieme Question. *Si la transmission du fidéicommis testamentaire, qui a été introduite en ligne directe par la Jurisprudence du Parlement de Toulouse, & par laquelle le fils est censé remplir la place de son pere qui est mort avant d'avoir pu recueillir la Substitution, doit avoir lieu dans tout le Royaume, ou si la Jurisprudence de ce Parlement doit être réformée à cet égard ?* 271

Vingt-septieme Question. *Supposé que cette Jurisprudence doive*

être rendue générale, faut-il la borner au premier degré ou l'étendre à toute la ligne directe en quelque degré que ce soit, & si en pareil cas celui qui est dans un degré plus proche doit être préféré à celui qui est dans un degré plus éloigné ? 287

Vingt-huitieme Question. *Si la représentation a lieu contre ceux qui sont appellés à la Substitution, dans le cas où elle auroit lieu entre eux s'ils succédoient* ab intestat, *& s'il faut distinguer sur ce point les Substitutions qui sont faites en ligne directe de celles qui ont lieu en ligne collatérale ?* 294

Vingt-neuvieme Question. *Faut-il aussi distinguer sur cette question les fidéicommis faits en faveur de personnes certaines & désignées par leurs noms, d'avec ceux qui sont faits en faveur de plusieurs par noms collectifs, comme d'enfans, parenté, famille ou autre nom semblable ?* 305

Trentieme Question. *Si le fils qui a mérité l'exhérédation de la part de son pere, doit être exclu de la substitution faite par son aïeul ?* 312

Trente-unieme Question. *Dans les Substitutions auxquelles les filles sont appellées en général au défaut des mâles, est-ce la plus proche du dernier possesseur des biens substitués, ou celle qui se trouve l'ainée de la branche ainée qui doit recueillir la Substitution ?* 325

Trente-deuxieme Question. *Si pour prévenir cette difficulté & les autres qui se présentent très-souvent à l'occasion des Substitutions où les filles & leurs descendans sont appellés, il ne conviendroit pas mieux de restreindre les Substitutions aux seuls mâles descendans par mâles ? Et supposé qu'on le décidât ainsi, si l'on prendroit le tempérament de borner l'effet de la Substitution à la premiere fille qui se trouveroit dans l'ordre de vocation marqué par le donateur ou testateur, en sorte qu'elle seule pût recueillir en vertu de la Substitution les biens substitués qui deviendroient libres en sa personne ?* 337

Trente-troisieme Question. *Si le fidéicommissaire universel est saisi de plein droit des biens compris dans le fidéicommis, ou si le fidéicommis, soit universel, soit particulier, est sujet à délivrance ?* 342

Trente-quatrieme Question. *A qui doit appartenir la jouissance provisoire de l'hérédité en attendant la destination des biens libres & substitués, & la liquidation des détractions, soit que le fidéicommissaire soit un des descendans, ou un collatéral, ou un*

étranger ? 352

Trente-cinquieme Question. *S'il est dû des droits de rélief, lors qu'un Fief substitué passe d'un collatéral à un collatéral, quoique ce collatéral soit en ligne directe avec l'auteur de la Substitution ?* 358

Trente-sixieme Question. *Si le Substitué qui se trouve en même temps héritier pur & simple d'un précédent possesseur des biens substitués, peut révoquer les aliénations faites par ce dernier possesseur ?* 368

Trente-septieme Question. *Si chaque Substitué est recevable à attaquer de son chef, & comme une tierce Partie, les Jugemens rendus avec le grevé ou avec un des précédens substitués, soit sur la validité ou sur la durée de la Substitution, ou sur les biens qui y sont censés compris ?* 378

Trente-huitieme Question. *Si la restitution anticipée du fidéicommis nuit aux créanciers & aux tiers possesseurs ?* 398

Trente-neuvieme Question. *Si le créancier ou le tiers possesseur qui a eu connoissance de la Substitution avant que de contracter ou d'acquérir, est recevable à opposer le défaut d'enrégistrement & de publication de la Substitution ?* 422

Quarantieme Question. *Si l'hypotheque subsidiaire de la femme, sur les biens substitués, a lieu pour les intérêts de la dot comme pour le capital ?*

Si elle a lieu pour l'augment, pour les bagues & joyaux, pour le douaire & le préciput, pour le remploi des propres & autres indemnités ? 431

Quarante-unieme Question. *Si l'hypotheque subsidiaire de la femme sur les biens substitués a lieu non-seulement à l'égard des Substitutions faites en ligne directe, mais encore à l'égard des Substitutions faites en ligne collatérale, ou par des étrangers ?* 464

Quarante-deuxieme Question. *Si cette hypotheque a lieu seulement au premier degré, ou si elle s'étend à tous les degrés ?* 474

Quarante-troisieme Question. *Si la même hypotheque a lieu au profit d'une seconde femme ?*

Faut-il distinguer sur ce point le cas où il y a des enfans du premier mariage & celui où il n'y en a point ? 478

Quarante-quatrieme Question. *Si les créanciers de la femme ont les mêmes droits qu'elle sur les biens substitués, quand elle ne les a pas exercés ?* 485

Quarante-cinquieme Question. *Si le décret purge les Substitutions ?* 499

EXTRAITS faits par M. le Chancelier d'Aguesseau.

SUR LA PREMIERE QUESTION, page 511
Sur la deuxieme Question, 515
Sur la troisieme Question, 517
Sur la quatrieme Question, 520
Sur la cinquieme Question, 533
Sur la sixieme Question, 536
Sur la septieme Question, 541
Sur la huitieme Question, 545
Sur la neuvieme Question, 548
Sur la dixieme Question, 549
Sur la onzieme Question, 552
Sur la douzieme Question, 560

ORDONNANCE DES SUBSTITUTIONS, page 1

QUESTIONS

QUESTIONS

SUR

LES SUBSTITUTIONS *FIDÉICOMMISSAIRES.*

QUESTION PRÉLIMINAIRE.

L'ON peut douter s'il ne feroit pas plus avantageux au Corps de l'État d'abroger totalement les Subſtitutions, ou du moins les Fidéicommis, qui ne peuvent être avantageux qu'aux Particuliers qu'ils concernent, & qui ne peuvent même leur profiter qu'au préjudice d'un grand nombre de Citoyens.

Ils ſervent à conſerver les biens d'une famille, mais ce n'eſt qu'en faiſant perdre aux créanciers de cette même famille, ce qu'ils lui ont prêté de bonne foi.

Rien en ſoi n'eſt plus injuſte, & comme il eſt fort indifférent à l'État que cette famille ſoit conſervée dans ſes biens, il ſemble

qu'aucune raiſon générale ne doit faire entretenir les Subſtitutions imaginées par des Payens follement entêtés de la durée de leurs noms, ſans prendre garde qu'une banqueroute qui ſe fait à chaque génération, la déshonore eſſentiellement. D'où il paroît que les Loix Romaines ont abandonné en cela les Préceptes du Droit, puiſque les Subſtitutions ſervent à lezer les Créanciers, bien loin de leur procurer la reſtitution de ce qui leur appartient, & fourniſſent un moyen ſûr de diſſiper impunément le bien d'autrui, ce qui paroît bien contraire à l'honnêteté à laquelle les Légiſlateurs diſent qu'ils veulent porter les Citoyens.

Cependant il naît un doute depuis l'Edit de 1729, qui rétablit, en Provence, la forme des ſucceſſions des meres à leurs enfans, conformément au Droit Ecrit.

L'Edit du Roi Charles IX du mois de Mai 1567, privoit les meres de la ſucceſſion de leurs enfans par rapport aux biens qui leur étoient échus du côté paternel. C'étoit un acheminement à l'abrogation des Subſtitutions qui pourroient paroître en quelque façon néceſſaires, dès que cet Edit eſt abrogé; car ſans la ſubſtitution, il ne reſteroit plus aux Particuliers aucun moyen de conſerver dans leur famille le bien qui leur eſt propre, ni d'empêcher qu'une jeune veuve n'en profite & n'en faſſe même un mauvais uſage.

Mais cet inconvénient, capable de toucher ſenſiblement ceux qui ſe laiſſent prévenir par l'ancienneté des idées que les Romains ont fourni au reſte du genre humain, n'a pourtant rien de réellement contraire à l'intérêt général de l'Etat, auquel il importe extrêmément, d'un autre côté, que l'on ne ſe ruine pas en procès, & qui recevroit un grand avantage ſi la diminution des procès pouvoit produire celle du nombre prodigieux de gens de Juſtice qui détruiſent les autres états.

PREMIERE QUESTION.

Si la disposition de l'Art. CXXV, de l'Ordonnance de 1629, touchant la Substitution des choses mobiliaires, doit être abrogée dans les Pays où elle a eu lieu jusqu'à présent, ou si elle doit être étendue aux Provinces où elle n'a point été observée.

PROVENCE. M. Le Bret.

L'ORDONNANCE de 1629 n'a pas été enrégistrée en Provence. La substitution des choses mobiliaires produit beaucoup de contestations & donne lieu à des Enquêtes qui sont dispendieuses; ainsi il semble que la prohibition qui en est faite par l'Art. CXXV de cette Ordonnance, devroit être étendue dans les Pays où elle n'a pas encore paru.

L'Ordonnance de 1629 n'ayant été ni publiée ni enrégistrée en ce Parlement, il n'a eu garde d'adopter la disposition de cet Art. CXXV, directement contraire à la Loi Romaine (*a*), par laquelle il est permis à un chacun de disposer de ses biens de quelque espece & nature qu'ils soient, suivant ses desirs & volontés, d'adopter à leur disposition telle substitution que bon leur semble : liberté qui ne sauroit être restrainte sans blesser l'autorité de la Loi, & troubler les Peuples dans un usage qui leur est devenu précieux par une longue observance. D'ailleurs cet usage n'a rien qui doive porter à le réprimer, puisqu'on ne voit pas que ce soit là une source particuliere de procès, plus féconde que ne le sont eux-même les fidéicommis, les hypotheques, les demandes en supplément de légitime, & autres qu'on laisse pourtant subsister dans toute leur force.

L'on peut encore observer, que l'expression employée par l'Ordonnance, *des choses mobiliaires*, est une expression équivoque qui donneroit lieu à divers procès; car les uns prétendroient que

(*a*) Liv. 2, Tit. 24, des élemens du Droit, *potest tamen quis etiam singulas res per fideicommissum relinquere veluti fundum, argentum, hominem, vestem & pecuniam numeratam, & vel ipsam heredem rogare ut alicui restituat vel legatarium.*

PROVENCE. M. Le Bret.

sous cette dénomination l'on ne doit entendre que les meubles meublans, les autres l'étendroient aux effets mobiliers de quelque espece & nature qu'ils soient, ils y comprendroient même les dettes à jour, que bien de Docteurs veulent faire passer pour un troisieme genre de bien, * ce que d'autres condamnent; en sorte que dans le temps qu'on veut pourvoir à des inconvéniens, l'on en produiroit de plus grands. Il sembleroit donc juste de s'en tenir à la Loi écrite qui a pourvu aux suites d'une pareille disposition, en ne soumettant les grevés qu'à rendre les meubles meublans en l'état auquel ils se trouvent lors de l'échéance du fidéicommis & le prix des denrées & autres effets mobiliers : il conviendroit bien mieux d'abroger l'usage qui peut s'être introduit dans le ressort du Parlement de Dijon, qui a enrégistré l'Ordonnance de 1629, sans aucune modification en cet article; & cela, par la raison que dans les Jugemens des procès évoqués, le préjugé de la Jurisprudence particuliere d'une Cour est toujours à craindre.

* Jean, Décis. 17, *in annotationibus.*

M. Decormis, Avocat.

M. Decormis croit qu'il seroit utile de proscrire dans tous les Pays les fidéicommis pour les choses mobiliaires.

FRANCHE-COMTÉ. *Sur la premiere Question & sur la seconde ci-après.*

On observe en Franche-Comté la disposition du Droit qui permet de substituer toutes especes de biens : *potest enim quis etiam singulas res per fideicommissum relinquere, veluti fundum, argentum, hominem, vestem & pecuniam numeratam. Instit. de singul. reb. per fideicomm. relict.* Par conséquent on peut substituer non-seulement une universalité des meubles, mais encore des meubles particuliers, sans distinction de ceux qui pourroient être plus précieux que les autres. Comme l'Ordonnance de 1629 n'a pas été publiée dans cette Province, elle n'y est pas exécutée. Les inventaires qui se font à la mort du testateur, conservent, autant qu'il est possible, la mémoire de ces sortes d'effets; les cautions que l'on exige en certains cas, préviennent la dissipation qui pourroit s'en faire; mais il faut convenir que cela est sujet à tant d'inconvéniens, qu'il est plus à propos de ne pas admettre les substitutions des meubles, soit en général, soit en particulier. De pareilles dispositions n'ont d'autre fondement que la vanité de ceux qui les font; & le dépérissement inévitable de ces sortes d'effets ne peut se concilier avec l'idée de les transmettre de successeurs en successeurs, qui est l'objet qu'on se propose dans les substitutions.

Quoique, suivant l'Ordonnance de 1667, on puisse former une complainte pour l'universalité des meubles, ce qu'il n'est pas permis de faire pour des meubles particuliers ; ce n'est pas une raison pour dire que l'on peut substituer une universalité de meubles, parce que les mêmes inconvéniens se rencontrent dans une universalité de meubles substitués, que dans la substitution des meubles particuliers ; même difficulté de conserver les effets substitués ; même embarras pour les cautions, qui pourroient souvent ou leurs héritiers, être obligés pendant plus d'un siecle. On peut opposer qu'on a bien permis, dans le Droit, l'usufruit des meubles en donnant caution ; mais le cas de la substitution est bien différent, puisque la caution, en matiere d'usufruit de meubles, ne dure que pendant la vie de l'usufruitier : au surplus, en proscrivant la substitution des meubles, on ne fera que se conformer aux Ordonnances du Roi de Sardaigne de 1729, qui, par la sagesse de leurs décisions, se sont acquises une si grande réputation. On voit dans le liv. 5, tit. 2, *de fideicomm.* art. 6, que les fidéicommis ne pourront s'établir à l'avenir que sur les immeubles & non sur les meubles, ni sur les rentes constituées, si ce n'est sur celles que l'on appelle lieux de Mont. Ce qui est dit dans cet article par rapport aux rentes, pourroit donner lieu à comprendre, dans les défenses de substituer les meubles, les rentes constituées, qui, dans une grande partie du Royaume, sont censées meubles, & qui dans les autres endroits ne sont réputées immeubles que par fiction, en exceptant cependant les rentes sur l'Hôtel de Ville qui ne sont pas si sujettes à remboursément que les autres ; on pourroit encore excepter les Charges & Offices, en ne permettant de les substituer que jusqu'au petit-fils, sans que la substitution puisse être portée plus loin ; mais pour se borner aux questions proposées, les Commissaires estiment, que s'agissant de faire une Loi nouvelle, *on doit défendre sans aucune modification de substituer les choses mobiliaires.* Fait & arrêté le 29 Août 1730. Signés, *Dorol*, *Tinsean*, *Espiard*, *Proisot* & *Boquet de Courbouson.*

FRANCHE-COMTE. *Sur la premiere Question & sur la seconde ci-après.*

On n'observe point au Parlement de Bordeaux l'art. CXXV de l'Ordonnance de 1629, qui est entiérement opposé à nos maximes & à la liberté de disposer à son gré de ses biens, à laquelle nous sommes très-attachés. Nous ne croyons point que la disposition de cette Ordonnance doive être étendue aux Provin-

BORDEAUX.

BORDEAUX.

ces où elle n'a point été obſervée, & nous penſerions plutôt qu'elle doit être abrogée dans les Pays où elle a lieu juſqu'à préſent; il paroît dur, que tant de particuliers, dont toute la fortune conſiſte en effets mobiliers, ſoient privés de la conſolation de les ſubſtituer, & de perpétuer le fruit de leurs travaux ou l'héritage de leurs peres dans leur famille. Signés, *Gillet de Lacaze*, *Le Berthon Dalbefor*, *Bigot*, *Jegun*, *le Montereau*, *Loyal*, *Dudon*, *Duvigier* & *de La Treſne*.

DIJON.

»L'ORDONNANCE de 1629 a été vérifiée en ce Parlement »ſans aucune modification ſur l'art. CXXV, qui a toujours été »conſtamment obſervé dans ce reſſort. La Juriſprudence eſt cer»taine, & les Arrêts ont perpétuellement décidé que les choſes »mobiliaires doivent être exceptées de la ſubſtitution.

Ce ſeroit en effet réduire un héritier grevé à une fâcheuſe extrêmité, que de le forcer à rendre, en même nature au fidéicommis, des effets qui ſeroient ou péris par le temps, ou conſumés par l'uſage. Il ne tireroit aucun avantage de ſa poſſeſſion, & bien loin de trouver quelque utilité dans une pareille jouiſſance, elle tourneroit au contraire à ſon préjudice; & il n'eſt point d'héritier grevé à qui il n'en coûtât, ſi le fidéicommis qu'il eſt obligé de rendre, ne conſiſtoit qu'en des choſes purement mobiliaires & ſujettes au dépériſſement.

La diſpoſition de l'art. CXXV eſt remplie de ſageſſe & d'équité, & bien loin de l'abroger dans les Pays où elle a eu lieu juſqu'à préſent, les Commiſſaires croient que le bien & l'intérêt public demandent qu'elle ſoit étendue aux Provinces où elle n'a pas été obſervée. Signés, *de Birbiſey*, *de La Marre*, *Mairelet de Minot*, Bazin, *Fijart*, *Normand* puîné & *Genreau*.

FLANDRES.

»L'ORDONNANCE de 1629 n'eſt pas connue dans le »reſſort du Parlement de Flandres, étant antérieure à l'inſtitu»tion de ce Parlement, & n'y ayant jamais été envoyée.

Les Subſtitutions y ont lieu à l'égard de tous les biens dont la diſpoſition n'eſt pas défendue par les Coutumes, qui laiſſent, pour la plupart, une liberté entiere de diſpoſer des choſes mobiliaires, néanmoins on n'y pratique gueres de ſubſtituer en nature les meubles meublans, or, argent, beſtiaux & autres vrais meubles, parce qu'on ne ſauroit aſſurer un droit réel aux ſubſtitués à ces ſortes de meubles au préjudice des tiers acquéreurs

de bonne foi. Les teſtateurs ou donateurs qui font des ſubſtitutions, ont accoutumé d'en ordonner la vente & l'emploi en héritages ou rentes hypothéquées, pour appartenir à ceux qu'ils trouvent bon d'y appeller. FLANDRES.

Nous croyons qu'il convient de laiſſer jouir les peuples des Provinces de ce reſſort, de la liberté dont ils ont uſé juſqu'à préſent, attendu que le feu Roi a eu la bonté de les laiſſer & maintenir dans leurs Uz & Coutumes.

A l'égard des autres Provinces du Royaume où la diſpoſition de l'art. CXXV de l'Ordonnance de 1629 n'a pas été obſervée juſqu'à préſent, nous eſtimons qu'il ne convient pas de l'y étendre, & qu'il faut laiſſer aux peres de famille la liberté de ſubſtituer leurs effets mobiliers, ainſi que leurs autres biens. Signés, *Polinchonc*, *Pinauch*, *de Panaux Donche de Beaulieu*, *Viſart de Ponange*, *de Bouges Beſſehop*, *Curpin*, *de Calonne*, *Teimel Darec*, *Reſnimant*.

L'ORDONNANCE de 1629 n'a pas été enrégiſtrée au Parlement de Grenoble; ainſi les fidéicommis univerſels comprennent, ſuivant le Droit Romain, les choſes mobiliaires comme le ſurplus des autres effets. Il ne paroît pas qu'il y ait des raiſons particulieres pour étendre en Dauphiné la diſpoſition de l'art. CXXV de cette Ordonnance. GRENOBLE.

Il eſt vrai qu'en général, plus les Subſtitutions ſeroient reſtreintes, moins il y auroit des procès & des embarras dans les familles.

Mais le changement d'un uſage fréquent & univerſel, paroît entraîner avec ſoi tant d'inconvéniens, qu'il ſemble plus à propos de laiſſer ſubſiſter les choſes en l'état qu'elles ſe trouvent. Signés, *Grammont*, *La Croix de Sayne*, *de Laiſſiny*, *Morel*, *Montrivier*, & *Ridaute*, Procureur Général.

LES mêmes raiſons qui ont engagé la diſpoſition de cet article de l'Ordonnance de 1629, nous font eſtimer qu'elle doit être étendue aux Provinces où elle n'a pas été obſervée juſqu'à préſent. Signés, *de Montholon*, *Pieurc*, *Dilange*, *Bertrand*, *Muſac*, *Le Goulon*, *de Champel*, *Lancon* & *Bonneau*. METZ.

LE Conſeil ſupérieur d'Alſace n'ayant été créé qu'en 1657, ne connoît que théoriquement l'Ordonnance de 1629. L'Edit de COLMAR.

COLMAR.

sa création lui ordonne de juger les peuples de son ressort suivant leurs anciens usages. L'ancien usage par rapport à la présente question est, que la liberté a toujours été laissée toute entiere à toutes personnes sur la matiere & l'objet des Substitutions. Cet usage nous paroît devoir l'emporter sur la disposition de l'Ordonnance.

Ainsi nous estimons que cet article, loin d'être étendu aux Provinces où il n'a pas eu lieu, doit être abrogé dans celles où il a été observé jusqu'à présent. Signés, *de Corberon*, *Holda Nullus*, *Nutry*, & *Mullers*.

PAU.

L'ORDONNANCE de 1629 a été enrégistrée en ce Parlement; mais l'Arrêt d'enrégistrement excepte cet art. CXXV, comme contraire à notre usage, fondé sur la disposition du Droit Romain.

Dans ce Pays, presque tout le patrimoine de plusieurs familles considérables consiste en effets mobiliers. Il y a bien des gens qui, par la voie du commerce, vont faire en Espagne des fortunes quelquefois considérables; il y a même des cadets de bonne famille, qui font aussi quelquefois, mais beaucoup plus rarement, quelque petite fortune au service du Roi.

Il ne sembleroit pas juste que tous ces gens-là, dont le bien consiste en effets mobiliers, souvent pour n'avoir trouvé les occasions de les convertir en immeubles, fussent privés du droit de prévenir la mauvaise économie de leur héritier en le grevant de substitution.

Nous croyons qu'il est convenable de le décider ainsi dans la Loi nouvelle, parce que c'est la disposition expresse du Droit Romain, duquel les fidéicommis ont tiré leur origine; mais nous croyons aussi qu'à l'égard des meubles meublans qui se trouveront compris dans le fidéicommis, ils ne doivent être vendus qu'en l'état où ils se trouveront, & qu'il n'y aura point de remplacement à demander pour ceux qui auront péri par l'usage. Signés, *de Gaubert*, *Caseau*, *Mignon*, *Deodat*, *Deselau*, *Mesplé*, *Bordenave*, *Dejean*, *Bonnecan*, *Casenave* & *Decasant*.

PAU.
M. DE GAUBERT.

NOUS voyons, rarement au Parlement de Navarre, des procès au sujet des substitutions & fidéicommis, y ayant un Réglement de 1637, pris par les trois Etats de la Province de Bearn, autorisé par Louis XIII, & ensuite par Louis XIV, qui porte, que les

les biens avitins & papoaux, ensemble les biens substitués & sujets à restitution peuvent être valablement hypothéqués, engagés, quoiqu'on peut aussi les vendre & aliéner jusqu'à ce que l'institué grevé de substitution soit interdit par le Juge à la requête des substitués & intéressés.

Il faut néanmoins observer que le Parlement de Navarre a reçu & enrégistré la Déclaration du 25 Novembre 1690 concernant les Substitutions sans modification, remontrances ni opposition de la part des Syndics des Etats Généraux de la Province, ce qui semble établir que nous avons accepté les substitutions & fidéicommis comme les autres Parlemens du Royaume; que par l'enrégistrement & publication de cette Déclaration l'on a suffisamment dérogé à ce Réglement de 1637, qui permettoit les hypotheques & les aliénations des biens sujets aux fidéicommis. Mais pour lever toute équivoque, il seroit prudent que la Loi nouvelle dérogeât expressément à ce Réglement de 1637 & l'abolît, pour que le Bearn, Pays de Droit Ecrit, fût dirigé, pour l'administration de la Justice, dans les mêmes maximes des autres Provinces qui suivent le Droit Romain & les Ordonnances des Rois de France, concernant les substitutions fidéicommissaires.

La Coutume de Navarre, *Rubrique des Contrats*, *art.* 20, porte, »que tous vinclemens par pactes, ou prohibition d'aliéner par »testament les biens immeubles à perpétuité, seront insinués par»devant les Juges des lieux où les biens sont situés dans le terme »de trois mois»; ce qui semble établir que les substitutions & fidéicommis sont reconnus en Navarre comme en France.

Par la Coutume de Soule, titre des venditions, art. 1, les biens avitins papoaux ne peuvent être aliénés ni hypothéqués que pour certaines causes exprimées, disposition qui établit une espece de substitution légale. L'art. 5 comprend dans la décision les meubles comme les immeubles.

Le Parlement de Navarre, par l'Arrêt de vérification & enrégistrement de l'Ordonnance de 1629, en exceptant l'art. CXXV, ordonne que les Réglemens du Royaume de Navarre & Pays de Bearn seront gardés & observés.

Sur la question proposée l'on peut dire, d'une part, que devant faire une Loi nouvelle il conviendroit d'abolir les substitutions & fidéicommis des choses mobiliaires, *quarum vilis est & lubrica possessio*, qui entraîneroient d'ailleurs des inventaires, des estimations, des frais & des procès, une Loi simple qui éteint nombre de procès paroissant préférable.

PAU.

Néanmoins l'on peut penser au contraire que l'art. CXXV de l'Ordonnance de 162) sembloit blesser la raison & la liberté naturelle qui permet aux hommes d'étendre leurs libéralités, de multiplier leurs bienfaits; que cet article de l'Ordonnance ne devoit point être favorablement accueilli comme contraire d'ailleurs à la disposition du Droit Romain, d'où nous viennent les substitutions fidéicommissaires, qui admet les substitutions des choses mobiliaires, §. *potest tamen quis etiam singulares res per fideicommissum relinquere, veluti fundum argentum, hominem, vestem & pecuniam, numeratam relinquere. Instit. tit. de singulis rebus per fideicom. relict.*

Par toutes ces raisons, nous estimons que la substitution peut comprendre les choses mobiliaires; & que néanmoins à l'égard des meubles meublans, il suffira qu'ils soient rendus en l'état qu'ils se trouveront, & qu'il n'y aura nul remplacement pour les meubles qui auront péri par l'usage.

ROUSSILLON.

Le Conseil souverain de Roussillon, après avoir fait remarquer que cette Ordonnance n'a jamais été observée en Roussillon, n'y ayant jamais été envoyée ni enrégistrée, cette Province n'ayant été unie à la Couronne que plusieurs années après, répondant à la question, est d'avis,

Que pour rendre la Jurisprudence uniforme à l'égard des choses mobiliaires, il est plus convenable d'abolir la disposition dudit article dans les Pays où il est observé, que de l'étendre dans les Pays où l'on adopte une Jurisprudence contraire.

Les motifs consistent, en ce que l'abolition de cet article fera que, non-seulement la Jurisprudence sera égale dans le Royaume, mais encore que celle du Royaume se trouvera conforme à celle de toutes les Nations qui sont régies par le Droit Ecrit, qui ne fait aucune différence en matiere de substitutions entre les biens immeubles & les mobiliers.

C'est ainsi qu'on en use en Italie, en Espagne, en Allemagne, où l'on n'a jamais trouvé à propos de déroger à la Loi Romaine par quelque Loi statuaire qui exclue les choses mobiliaires de la matiere de la substitution fidéicommissaire. Ce consentement général de toutes les Nations, joint à la Jurisprudence de plusieurs Parlemens de France, & sur-tout du Parlement de Paris (*a*), qui

(*a*) Bretonnier dans son Recueil au mot *substitution*, en cela suivi de tous les autres Decisionnaires de ce Parlement.

eſt le premier du Royaume, qui n'a jamais reçu ce chef de l'article, ne laiſſe pas que d'être d'une grande autorité contre la diſpoſition ſinguliere de la Loi qui renferme la matiere de la ſubſtitution fidéicommiſſaire aux ſeuls biens immeubles.

Après avoir autoriſé la réponſe par le conſentement général de toutes les Nations qui ont trouvé le Droit Romain parfait ſur ce chef, & qu'il n'avoit beſoin d'aucune correction, la réponſe qui a été faite eſt fondée auſſi ſur la raiſon ſuivante, parce qu'on ne peut raiſonnablement établir aucune différence entre les biens immeubles & mobiliers, ſoit qu'on regarde l'autorité de la perſonne qui diſpoſe, ſoit qu'on l'examine du côté de la différente nature de ces biens, ſoit enfin du côté des difficultés qui peuvent ſe rencontrer dans la reſtitution.

A l'égard de la perſonne, elle a un égal domaine & ſur les uns & ſur les autres; elle a reçu de la Loi (*a*) une autorité égale pour en diſpoſer en ces termes, *ſuper re pecuniave*, ce qui renferme les biens de toute eſpece; ainſi à examiner la choſe du côté de l'autorité tout eſt égal. On ne peut établir aucune différence entre ces deux eſpeces de biens du côté de leur différente nature (*b*). On obſerve qu'il eſt établi par le Droit Romain, en cela ſuivi dans tous les Pays, même dans ceux qui ont reçu la diſpoſition de l'article énoncé dans la queſtion, que l'uſufruit peut être établi non-ſeulement ſur les biens immeubles, mais auſſi ſur les choſes mobiliaires de quelque nature (*c*) qu'elles ſoient, non-ſeulement ſur celles qui ſe détériorent inſenſiblement avec le temps & l'uſage, comme habits, linge, ameublement & autres ſemblables, mais auſſi ſur celles qui ſe conſument (*d*) par le ſeul uſage, comme vin, huile, bled, argent monnoyé.

Or un héritier chargé de rendre après ſa mort eſt fort ſemblable à l'uſufruitier par rapport aux effets réels & avantages ſenſibles, & ils ne différent que parce que le droit de l'un eſt appellé propriété & domaine, & celui de l'autre uſufruit & ſervitude. Si donc dans les Pays où ce chef de l'Ordonnance eſt obſervé, on

(*a*) La Loi des 12 Tables *uti quiſque ſuper re pecuniave ſua legaſſit ita jus eſto.*

(*b*) Vide *leg. pecunia* 222, *ff. de verbor. ſignific. pecuniæ nomine non ſolum numerata pecunia ſed omnes res tam ſoli quam mobiles & tam corporales quam jura continentur.*

(*c*) §. 2. *inſtit. de uſufruct. l.* 1, *ff. de uſufruct. ear. rer. quæ uſu conſum.*

(*d*) *Boetius, in top. lib.* 2, *utimur his quæ nobis utentibus permanent his vero abutimur quæ nobis utentibus pereunt.*

ROUSSILLON.

reçoit l'usufruit des biens meubles, pourquoi n'y recevra-t-on pas la charge de rendre par fidéicommis la même espece de biens, puisque ces deux dispositions ne différent que par le nom & la propriété exacte & scrupuleuse des termes. Cela doit être entendu dans le cas que la condition est arrivée, & que le fidéicommissaire n'est pas prédécédé ; car autrement le grevé devient irrévocablement le maître, au lieu que l'usufruit doit finir un jour, ne pouvant pas rester toujours séparé de la propriété qui deviendroit inutile.

Enfin on ne trouve aucun inconvénient dans la restitution que l'héritier, chargé de rendre les choses mobiliaires, est obligé de faire, & la Jurisprudence reçue dans le ressort nous a fait connoître, par expérience, qu'il ne s'y en rencontre aucun ; car s'il s'agit de choses dont le dépérissement est inséparable de l'usage, pour lors la condition du fidéicommis étant arrivée, celui qui est chargé de rendre les représente par leur valeur & par leur équivalent. Ces choses étant de la nature de celles *quæ functionem recipiunt*, & dont le prix & la valeur représente (*leg.* 7, *de usufr. earum rerum quæ usu cons.*) la chose même, & les intérêts qu'il aura pu retirer pendant cet intervalle sont des fruits civils, semblables aux fruits naturels que l'on retire des fonds immeubles ; & s'il s'agit de ces biens qui ne dépérissent point par le seul usage, mais par une détérioration insensible qui se fait pendant le temps, il les restitue au même état où ils se trouvent lors de l'échéance de la condition, & il n'est tenu que des seules détériorations qui peuvent être causées par sa faute, au cas qu'il n'en aie pas usé en bon pere de famille ; & si celui qui a été chargé de rendre a usé de la chose pendant un temps si considérable qui donne lieu de présumer le dépérissement entier de la chose, pour lors, à l'exemple de l'usufruitier (*a*), il est déchargé de la restitution, n'étant pas juste que celui qui a un droit de domaine & de propriété, soit traité moins favorablement que celui qui n'a que l'usufruit & un droit de servitude.

C'est ainsi qu'on regle, en Roussillon, la restitution des choses mobiliaires qui sont la matiere des fidéicommis, par une Jurisprudence constante & uniforme, sans que l'expérience nous aie fait

(a) *Leg. si ususfructus*, §. 3, *ususfruct. si vestis ususfructus legatus sit ; scripsit Pomponius quamquam hæres stipulatus sit finito usufructu, vestem redd. non obligari promissorem si eam sine dolo malo ..... reddiderit.*

appercevoir d'aucun inconvénient qui puisse servir de motif à nous faire estimer qu'elle doive être réformée. Signés, *Deponte*, *d'Albaret*, *Dupont*, de *Villars*, *Collarés*, *Bonnet* de *Romanya*, *Gispert*, *de Fulla*, *Regnés*, *Desprès*, *Bonnet* & *Sans*. ROUSSILLON.

LA disposition de l'art. CXXV de l'Ordonnance de 1629, touchant la substitution des choses mobiliaires, doit être abrogée dans les Pays du Droit Ecrit où elle a eu lieu jusqu'à présent. TOULOUSE.

Suivant le Droit Ecrit, il y a trois especes de biens, meubles, immeubles & les noms, droits, voix & actions. *Res soli*, *res mobiles*, *obligationes & jura* (1).

Nous distinguons les noms, droits, voix & actions, des biens meubles & immeubles, dans le cas d'une saisie ou d'une disposition que l'on prétend être générale ; mais nous ne les mettons jamais au rang des immeubles, au lieu que dans les Pays Coutumiers on regarde comme meuble une action qui a pour objet une chose mobiliaire, & comme immeuble une action qui a pour objet la possession d'une chose immobiliaire.

Il résulte de cette observation, que les choses mobiliaires ont une plus grande étendue dans les Pays de Droit Ecrit que dans les Pays Coutumiers, & que par conséquent elles méritent une attention singuliere.

Mais ce n'est pas la seule différence qu'il y ait à cet égard, entre les Pays Coutumiers & les Pays du Droit Ecrit ; dans ceux-là il est des clauses dont on se sert pour réaliser les choses mobiliaires & les conserver dans les familles ; dans ceux-ci ces clauses ne sont d'aucun usage, & nous n'avons d'autres moyens pour transmettre à nos descendans les choses mobiliaires que celui des fidéicommis. Dans les Pays Coutumiers on est si prévenu contre les dispositions testamentaires, que tout ce qui leur donne quelque atteinte est favorablement accueilli. Dans les Pays du Droit Ecrit, on regarde la volonté des mourans comme une Loi d'autant plus respectable qu'elle est fondée sur la Loi naturelle & sur la justice. *Nihil enim est tam æquitati naturali consentaneum, nihil quod magis hominibus debeatur quam ut supremæ voluntatis, (postquam jam aliud velle non possunt) liber sit stylus & licitum quod iterum non redit arbitrium* (2).

(1) *Leg.* 7, §. 4, *ff. de peculio*, *leg.* 49, *ff. de verbor. signific.*
(2) *Leg.* 1, *cod. de Sacra-sanct. Eclef.*

TOULOUSE.

Il n'eſt donc pas ſurprenant que les Parlemens des Pays Coutumiers aient enrégiſtré ſans modification l'Ordonnance de 1629, & que les Parlemens du Droit Ecrit aient pris la liberté de faire des remontrances à Sa Majeſté, concernant la ſubſtitution des choſes mobiliaires, & l'on peut dire que cette Loi, qui paroît moins injuſte pour les Pays Coutumiers, le ſeroit infiniment pour le Pays du Droit Ecrit.

D'ailleurs il n'y a aucun inconvénient à craindre par rapport à la liberté de contracter : comme les meubles n'ont pas de ſuite par hypotheque, on ne laiſſe pas de pouvoir les acheter quoiqu'ils ſoient ſubſtitués, de même celui qui doit par contrat de conſtitution de rente ou autrement, peut ſe libérer quand il veut, nonobſtant la ſubſtitution, & le ſubſtitué, dans tous les cas, a ſon recours ſur l'héritier pour ſe faire rendre la valeur des meubles vendus, & l'argent reçu des débiteurs.

Ainſi nous croyons que la diſpoſition de l'art. CXXV, de l'Ordonnance de 1629, touchant les ſubſtitutions des choſes mobiliaires, doit être abrogée dans les Pays du Droit Ecrit, où elle a eu lieu juſqu'à préſent. Signés, le *P. Daſpe*, *Comere* de Labaſtide, *Pegueyroles*, *Baſtard*, *Azemar*, *Caſſan*, de *Catellan-Lamaſquere*, *Cauſſade*, *de Celés*, *Paraza*, *Daſpe de Meillan*, *Le Mazuyer*.

QUESTION PRÉLIMINAIRE.

PARIS. Mémoire ou Avis de M. le Procureur Général.

AVANT que d'entrer dans l'examen des quarante-cinq Queſtions qui regardent les ſubſtitutions fidéicommiſſaires, il ſemble qu'il ſoit néceſſaire de décider, ſi (conformément à l'avis de M. Lebret) on en aboliroit l'uſage entiérement, parce qu'alors il ſeroit fort inutile de traiter des Queſtions qui ne pourroient plus avoir d'objet.

On conçoit aiſément l'avantage que l'on trouveroit en aboliſſant les fidéicommis : c'eſt une ſource de procès qui ruinent ſouvent les familles. Quoique leur motif ſoit de ſoutenir les grandes maiſons, elles périſſent ſouvent par les procès ſans nombre que les ſubſtitutions produiſent & qui ſe renouvellent de génération en génération. Les fidéicommis gênent d'ailleurs la liberté du commerce, ils forment des obſtacles à l'avancement de ceux qui ſont grevés de ſubſtitution, qui ne peuvent emprunter, ſoit pour acqué-

rir des Charges, ou pour soutenir dignement le service du Roi, ou s'ils empruntent même pour des motifs légitimes, ils courent risque de mourir même sans pouvoir payer leurs dettes ; & cet usage, que la vanité a fait naître parmi les Payens, jaloux de faire la loi dans leurs familles long-temps après leur décès, sembleroit ne devoir avoir aucun empire sur ceux qui sont éclairés des lumieres de la religion.

PARIS.

Mais aussi ira-t-on changer tous les Usages reçus & reçus depuis tant de siecles, fondés même sur la Loi de Moïse, qui conservoit avec tant de soin les biens dans les familles ? Ira-t-on heurter, pour ainsi dire, tous les préjugés dans les Pays du Droit Ecrit ?

L'objet de conserver les grandes maisons dans tout leur lustre est intéressant pour l'Etat ; c'est une prévoyance digne d'un pere de famille, que d'empêcher le mauvais usage qu'un fils dissipateur pourroit faire des biens que le travail de ses aïeux lui a laissé. Dans le Pays même Coutumier les Loix sur les propres, sur les retraits lignagers, sont une image du desir qu'on a eu dans tous les temps de conserver le bien dans les familles.

On ne pourroit faire un si grand changement sans consulter tous les Parlemens ; on ne se propose point encore la réformation de toutes les Coutumes, & l'uniformité d'une Loi par-tout le Royaume ; l'objet présent n'est que de faire décider, par le Roi, les Questions qui se jugent dans les différens Parlemens du Royaume ; il semble donc qu'on doive se renfermer dans ce seul objet, & entrer par conséquent dans l'examen des quarante-cinq Questions sur lesquelles les Parlemens ont été consultés.

PREMIERE QUESTION.

Si la disposition de l'Art. CXXV, de l'Ordonnance de 1629, touchant la substitution des choses mobiliaires, doit être abrogée dans les Pays où elle a eu lieu jusqu'à présent, ou si elle doit être étendue aux Provinces où elle n'a pas été observée ?

CETTE Question est du nombre de celles qui se décident souvent par le préjugé que chacun peut avoir, ou de la faveur des substitutions, ou des inconvéniens qu'elles produisent. Il faut convenir cependant qu'il y a de très-fortes raisons pour autoriser les substitutions fidéicommissaires des choses mobiliaires, & de très-solides aussi pour les proscrire ; c'est ce qui a donné lieu à des suffrages si opposés les uns aux autres, qu'on s'est trouvé presque partagé.

D'un côté on a été frappé d'une disposition expresse d'une Ordonnance, qui n'a eu cependant aucune exécution depuis plus d'un siecle que dans le seul Parlement de Dijon, ce qu'on a regardé comme un témoignage que cette disposition n'a pas paru utile au bien de l'Etat.

On a été encore plus frappé du suffrage de presque toutes les Cours, n'y ayant eu que les Parlemens de Dijon, de Metz & de Bezançon, qui aient embrassé l'avis d'exclure les fidéicommis pour les choses mobiliaires ; & quoique M. Lebret & l'Avocat du Parlement d'Aix, qui a envoyé des Mémoires, aient été de même avis, le suffrage de tant de Cours a paru devoir l'emporter.

On a d'ailleurs posé pour principe, que tous les sujets du Roi devoient être égaux par rapport à leur Souverain, qu'il devoit les chérir tous également, & ne pas exclure les uns d'un droit que l'on accordoit aux autres. On a pensé qu'en bornant le fidéicommis aux immeubles, ce seroit exclure la plus grande partie des sujets, qui n'ont que des effets mobiliers, de l'avantage de substituer leurs biens : que si de la considération des personnes on passoit à celle des biens, il falloit convenir que les deux tiers, ou les trois quarts des biens du Royaume, étoient en effets mobiliaires ; & que par la

la prohibition de ſubſtituer cette ſorte de biens, ce ſeroit borner tellement les ſubſtitutions, qu'il vaudroit preſque autant les détruire en leur entier. On eſt entré dans le détail de quelques biens tels que les Offices & les biens des Commerçans : on a établi que les Offices, dépendans des Proviſions du Roi, ne pouvant pas être ſubſtitués en tant qu'Offices, ce ſeroit les exclure de tout fidéicommis que de ne pas permettre d'en ſubſtituer le prix ; que ſi on ne permettoit pas à de certaines perſonnes qui ont des établiſſemens conſidérables de manufactures de pouvoir les ſubſtituer, les enfans pourroient, par leur diſſipation, détruire les établiſſemens les plus avantageux à l'Etat.

PARIS.

On a obſervé que ce qui faiſoit connoître combien l'excluſion des fidéicommis pour les choſes mobiliaires étoit contraire au bien public, c'étoit l'uſage ſingulier du Parlement de Dijon, qui, en adoptant cette excluſion, en avoit excepté l'argent comptant, ſur le fondement que l'argent étoit le prix de tous les immeubles ; fondement qui, s'appliquant à toutes les choſes mobiliaires qui peuvent être converties en argent & par conſéquent en immeubles, devroit envelopper les choſes mobiliaires auſſi-bien que l'argent comptant, dans la faculté de pouvoir devenir l'objet des fidéicommis.

On a conclu de ces raiſons, qu'il convenoit d'autoriſer les ſubſtitutions de tous les effets ou choſes mobiliaires, avec d'autant plus de raiſon, que l'objet préſent étant de ſimplifier les Loix, celle-ci aura cet avantage en banniſſant tant de diſtinctions, de ce qui eſt mobilier & de ce qui ne l'eſt pas, ſource d'une infinité de procès.

On a penſé, d'un autre côté, qu'il n'y avoit que deux objets dans les ſubſtitutions fidéicommiſſaires.

L'un de ſoutenir les grandes maiſons, l'autre de pourvoir au déréglement d'un fils diſſipateur ; & on a cru que le fidéicommis des choſes mobiliaires ne rempliſſoit aucun de ces deux objets.

On a établi qu'il n'y avoit dans le Royaume que trois ſortes de biens. Les immeubles tels que les terres, héritages, maiſons & rentes foncieres ; les immeubles fictifs tels que les rentes dans les lieux où elles ſont immeubles, & les offices ; enfin les effets & choſes mobiliaires tels que les meubles meublans, vaiſſelle d'argent, argent comptant, droits, noms, raiſons & actions.

Que ſi la ſubſtitution des immeubles paroiſſoit entrer dans les deux objets qu'on peut avoir en vue dans les fidéicommis, il

PARIS.

n'étoit pas possible de penser de même des choses mobiliaires.

Que ce n'a jamais été, & que ce ne sera jamais par des substitutions de meubles, d'argent, de vaisselle, de droits, noms, raisons & actions, qu'on soutiendra les grandes maisons; que ce ne pourra jamais être que par la conservation des terres & héritages qui ne peuvent jamais s'échapper après la substitution publiée.

Que les substitutions des choses mobiliaires exigent des inventaires souvent frauduleux par la connivence des tuteurs affidés; que malgré ces inventaires, le grevé peut vendre & aliéner les meubles & autres effets mobiliaires, sans qu'on puisse les revendiquer; que d'ailleurs ils diminuent & périssent par l'usage; que le substitué ne peut avoir qu'une action en recours contre le grevé; que ces fidéicommis sont la source d'une infinité de procès, qui, après un succès même favorable, n'en peuvent presque jamais avoir de réel, parce que le grevé, s'il l'est pour les effets mobiliaires, l'est aussi pour les immeubles, au moyen de quoi le recours se trouve inutile contre des immeubles substitués; & que quand le grevé même auroit des biens libres, l'aliénation des choses mobiliaires substituées ne se faisant, pour l'ordinaire, que par un dissipateur, il n'est presque pas possible que le substitué trouve, dans les biens du grevé, de quoi se venger de ces sortes d'aliénations.

On a observé d'ailleurs que pour ce qui peut regarder les droits, noms, raisons & actions qui sont partie des choses mobiliaires, les substitutions de ces sortes d'effets sont encore une source de difficultés presque insurmontables, parce que le grevé pouvant les recouvrer, en recevoir le prix & les dissiper, il en naît les mêmes inconvéniens que pour les effets mobiliaires; que si on peut y remédier par des remplois, il faut donc un tuteur à la substitution, & un tuteur qui veille à chaque recouvrement, qui sont en grand nombre dans des familles, & qui durent pendant plusieurs années; que souvent il n'y a point de tuteur, que s'il s'en trouve, c'est un tuteur dont le grevé est le maître, qui n'a aucune attention aux remplois, ou qui en causent de frauduleux; que c'est la source de procès immenses dans les grandes maisons, procès entre proches, & même entre des peres & des enfans, procès qui finissent toujours par un recours contre un grevé qui devient inutile, parce qu'il est rare que l'héritier ne renonce pas à la succession.

Qu'enfin en autorisant les substitutions des immeubles, c'étoit le moyen de conserver les biens dans une famille; mais qu'en autorisant celle des choses mobiliaires, c'étoit ôter toute ressource

au grevé d'acheter une charge, de s'avancer, de soutenir le service du Roi, ce qui n'arrive pas du moins quand il y a des effets mobiliaires, libres dans sa personne, & que c'étoit mettre les grevés presque dans la nécessité de mourir en banqueroutiers.

PARIS.

Quelques-uns des opinans ont cru même devoir porter l'exclusion de tout fidéicommis jusqu'aux immeubles fictifs, c'est-à-dire, jusqu'aux rentes constituées, même sur le Roi & jusqu'aux offices, par les mêmes raisons que le grevé peut recevoir le remboursement des rentes & que le Roi est maître de l'office; que les mêmes inconvéniens se rencontrent presque dans les immeubles fictifs comme dans les choses mobiliaires, qu'il semble en effet qu'il soit nécessaire de faire sur ce sujet une distinction entre les effets qui ne peuvent changer de nature sans le consentement du propriétaire, tels que les immeubles qui sont les véritables objets des fidéicommis, le grevé ayant une interdiction totale d'aliéner après la substitution publiée, & les effets qui peuvent changer de nature sans le consentement du propriétaire tels que les immeubles fictifs, & les effets mobiliers que le grevé peut presque toujours avoir en liberté indépendamment de la substitution, qui ne doivent pas par conséquent devenir l'objet du fidéicommis, ne pouvant jamais remplir les premiers motifs qui en ont introduit l'usage, qui est celui de soutenir les grandes maisons.

On a considéré ensuite que ces sortes de fidéicommis étoient encore presque inutiles pour empêcher la dissipation d'un enfant qui aura toujours la faculté d'aliéner s'il n'y a un inventaire, un tuteur attentif & zélé, & des remplois; que l'enfant pouvoit d'ailleurs demander sa légitime; qu'enfin il étoit bien plus facile au pere d'y pourvoir, soit en substituant le surplus de sa légitime en immeubles, soit en laissant la propriété de ce surplus aux petits-enfans, soit en leur laissant la propriété entiere des biens, *addita causa necessitateque judicii*, si la dissipation du fils est évidente.

Quoique ces raisons aient frappé quelques opinans, le plus grand nombre cependant de ceux qui ont opiné pour exclure les fidéicommis dans les choses mobiliaires, ont cru qu'on devoit en conserver la faculté pour les meubles fictifs, offices ou rentes, même dans les Pays où elles sont réputées meubles, dont la substitution est plus facile à exécuter, & renferme des inconvéniens bien moindres, quoiqu'on pût former des oppositions aux remboursemens, en former aux sceaux des offices & des rentes sur le Roi; & c'est enfin à cet avis que sont revenus ceux même

PARIS.

qui avoient pensé de borner le fidéicommis aux seuls immeubles réels.

Ceux qui ont soutenu ce dernier avis, ont répondu au motif de l'inexécution de l'Ordonnance de 1629, qu'on ne savoit que trop que ce n'étoit point cet article seul, mais l'Ordonnance en entier qui n'avoit jamais eu d'exécution. On a répondu au suffrage des Parlemens, que ce sont presque tous Parlemens de Droit Ecrit, jaloux au-delà de toutes bornes des testamens & des substitutions, qu'il ne falloit compter leurs suffrages que pour des préjugés, mais qu'il falloit peser ce qui étoit plus avantageux à l'Etat.

On a ajouté que s'il y avoit plus de personnes dont les successions étoient chargées d'effets mobiliaires que d'immeubles, & moins d'immeubles en général dans le Royaume que d'effets mobiliaires, ce n'étoit pas une raison pour étendre les fidéicommis à ces sortes d'effets, qui n'en doivent pas être le véritable objet, non plus que ces familles qui n'ont point d'immeubles, à la conservation desquelles l'Etat n'est point si intéressé qu'à celle des grandes maisons.

On est convenu qu'à l'égard des offices on ne pourroit en substituer que le prix, mais que ce seroit une raison pour les exclure du fidéicommis par rapport aux difficultés que cela feroit naître, si on n'avoit pas la ressource infiniment plus facile dans le cas des offices qui se vendent à la mort du titulaire, que dans le cas des meubles, que souvent il n'est pas possible de vendre, puisqu'il faut que le grevé ait des meubles pour son usage, & encore moins dans le cas des noms, droits, raisons & actions dont les recouvremens sont souvent si longs & si difficiles.

Mais à l'égard des fonds des manufactures, on a pensé que loin que les fidéicommis soient en cela avantageux au commerce, au contraire si l'on conserve le fonds en nature, c'est un effet mobiliaire que le grevé peut aliéner en fraude de la substitution; que si on veut le vendre pour employer le prix & conserver la substitution, c'est le véritable cas de priver peut-être l'Etat d'une manufacture qui lui étoit avantageuse.

Enfin on n'a été touché ni de l'Usage d'Alsace & de Flandres, qui doit céder à un bien général & à une Loi uniforme, ni à la Coutume du Pays de Soule, qui établit un fidéicommis statuaire auquel le fidéicommis de la volonté de l'homme n'a pas d'application, ni enfin au cas particulier des habitans de Bearn, qui font fortune en Espagne, objet peu important par lui-même,

encore moins par les personnes qui ne sont pas du nombre de ces grandes maisons que l'Etat a intérêt de soutenir.

PARIS.

Les raisons de ceux qui ont soutenu qu'on ne devoit point autoriser les fidéicommis des choses mobiliaires n'ont point été sans replique.

On a toujours insisté sur la dureté d'exclure tout homme qui n'aura que du mobilier de pouvoir substituer, & tout pere qui se trouve dans le cas de pourvoir à la subsistance de son fils dissipateur.

On a prétendu qu'il n'y avoit pas plus de procès dans les substitutions des choses mobiliaires que dans les autres ; que s'il s'y trouve quelques inconvéniens, ils se trouvent compensés par l'avantage de soutenir des familles ; que si l'Etat avoit plus d'intérêt à conserver les anciennes maisons, il ne laissoit pas d'en avoir à conserver les familles riches ; que d'ailleurs on pourroit borner la substitution des choses mobiliaires à un seul degré ; qu'enfin on pourroit encore mieux faire en excluant les substitutions des meubles en nature, mais en autorisant celles qui exigeroient des ventes & des remplois, & par le moyen desquels la plus grande partie des inconvéniens disparoîtroient.

A quoi l'on a répondu que les remplois renferment toujours des embarras, des difficultés, des procès ; que s'il s'en trouve quand le remploi se fait lors même du décès du substituant, il y en a de bien plus grands dans des successions où il y a des recouvremens à faire pendant plusieurs années, quelquefois dix & vingt ans, & plus, après la mort du substituant, qui exigent une attention toujours subsistante, un tuteur toujours vigilant, & qui font naître trop de procès pour être autorisés.

Ainsi on a été partagé en trois avis.

L'avis de ne borner le fidéicommis à aucune sorte de biens.

L'avis de ne point autoriser les fidéicommis pour les choses purement mobiliaires, en les autorisant néanmoins pour les immeubles fictifs, offices & rentes, même pour les rentes dans les lieux où elles sont réputées mobiliaires.

L'avis enfin d'autoriser les fidéicommis pour choses mobiliaires ; mais dans le seul cas dans lequel le substituant en auroit ordonné l'emploi par l'acte même par lequel le fidéicommis seroit établi.

SECONDE QUESTION.

Si l'on prenoit ce dernier parti, faudroit-il excepter de la Regle générale, nonseulement les Donations ou Legs de meubles précieux à l'exemple de l'Ordonnance de 1629, mais encore les dispositions qui comprennent l'universalité des meubles ?

PROVENCE. M. Le Bret.

SI l'on prenoit le parti de vouloir étendre la disposition de l'Art. CXXV de l'Ordonnance de 1629, il faudroit du moins en excepter nonseulement les meubles précieux, qui par le droit sont, à certains égards, comparés aux fonds, & encore plus l'universalité des meubles, qui bien souvent servent autant que les immeubles à soutenir les familles, tant nobles que roturieres, il y auroit seulement à pourvoir aux effets mobiliaires délaissés par un testateur engagé dans le commerce & qui établit un fidéicommis; c'est ce qui dépend de la prudence du testateur ou du juge, qui en ordonne, pour l'ordinaire, la vente, & le placement des deniers qui en proviennent.

L'on estime que la prohibition ne devroit point avoir d'exception, pas même pour une belle bibliotheque, ni pour un amas d'antiques, ni pour les dispositions qui comprendroient l'universalité des meubles.

AIX. M. de Cormis, Avocat, quest. 2.

SUR le deuxieme article, il semble qu'on pourroit excepter, de la regle générale, les meubles précieux, à l'exemple de l'Ordonnance de 1629, pour contenter les personnes de grande considération qui peuvent avoir des meubles très-précieux, & qui peuvent faire honneur aux familles; mais il semble qu'il en faudroit régler & déterminer la valeur, & que l'exception & disposition de la nouvelle Ordonnance fût générale pour les donations & les legs, comme pour les fidéicommis testamentaires, & que l'universalité des meubles fût aussi exceptée lorsqu'elle fait tout le vaillant du testateur, pour laisser la consolation à celui qui n'a que des meubles, de pouvoir conserver son bien pour un degré du moins des substitutions ou fidéicommis.

COLMAR.

La décision de la premiere Question découvre notre sentiment sur celle-ci. Nous pensons que l'objet des substitutions ne doit jamais être restraint, & que nonseulement les meubles peuvent être substitués, mais aussi l'universalité des meubles. Signés, de *Corberon*, *Holdt*, *Muller*, *Nées*, *Muller*.

BORDEAUX.

On est bien éloigné au Parlement de Bordeaux, comme on l'a vu, sur la Question précédente, de penser que la substitution des meubles ne doive pas être admise; on y est de plus persuadé que même dans les Pays où l'on observe l'Ordonnance de 1629, il seroit à propos d'excepter de la disposition nonseulement les meubles précieux, comme l'Ordonnance le fait elle-même, mais aussi l'universalité des meubles qui en fait un objet encore plus important, & qui par la facilité qui s'y rencontre d'en manifester à tout le monde l'aliénabilité en rend la substitution encore plus favorable. Signés, *Gilles de Lacaze*, *Le Berthon*, *Dalbenard*, *Bigot*, *Jegun*, *Le Monseran* & *Loyal*.

DIJON.

Les Commissaires croient qu'il n'y a rien à ajouter aux termes de l'Ordonnance; ils observent néanmoins, que suivant la Jurisprudence de ce Parlement, on admet les substitutions *pour les constitutions de rente, & celles faites en espece & en argent comptant.*

Par la Coutume de cette Province les contrats de rente sont réputés immeubles, soit en partage, soit à l'égard des testamens & autres dispositions, & c'est le motif qui donna lieu à l'Arrêt rendu à la Tournelle le 8 Mai 1664, qui décida positivement que les rentes constituées pouvoient être substituées.

Sur le même motif il y eut un pareil Arrêt rendu au rapport de M. de Maillard le 27 Juin 1673.

A l'égard des substitutions faites en especes ou argent comptant, il y a eu aussi plusieurs Arrêts qui les ont confirmées.

L'argent comptant est le prix de toutes choses, & les immeubles sont compris sous ce mot comme les meubles.

Le premier Arrêt est du 18 Décembre 1655, il confirma la substitution faite par Jeanne Lopin, au profit des Collet, ses neveux, au nombre de cinq, à chacun desquels elle avoit légué 600 liv. les substituant les uns aux autres en cas de décès sans enfans.

Autre Arrêt du 12 Juillet 1667, qui jugea qu'une somme de 1000 liv. avoit pu être substituée.

DIJON.

Autre Arrêt du 12 Janvier 1687, qui confirma la substitution d'une somme de 7000 liv. faite par Nicolas Perruchot.

Les Commissaires croient que cette Jurisprudence doit être suivie.

Quant aux substitutions qui concernent l'universalité des meubles, les Commissaires croient qu'elles doivent être rejettées, & en effet l'universalité ne peut jamais plus opérer que le feroit chaque meuble en particulier dont elle est composée; or, dès que suivant l'Ordonnance, le meuble particulier ne peut être substitué, il est évident que l'universalité ne le peut être.

On ne pourroit pas même autoriser la substitution d'une universalité de meubles, sans donner atteinte à l'art. CXXV de l'Ordonnance de 1629, sa disposition deviendroit bientôt inutile, & celui qui n'auroit pas le pouvoir de substituer des choses mobiliaires en particulier, se mettroit à couvert de la défense par une substitution de l'universalité des meubles qu'il se croiroit permise.

C'est ce détour artificieux, qui anéantiroit la Loi, qu'un grand nombre d'Arrêts de ce Parlement ont condamné.

L'Arrêt du 11 Mars 1619, celui du 31 Janvier 1656, du 18 Juillet 1661, ont déclaré nulles les substitutions qui comprenoient l'universalité des biens meubles & immeubles. La Jurisprudence de ce Parlement est là dessus certaine, & ne paroît pas avoir varié. Signés, de *Birbisey*, de *La Marre*, *Basin*, *Fijan*, *Mayrelet du Minot*, *Nosmand* puîné, & *Genrau*.

FLANDRES.

Nous avons dit en la premiere Question, qu'il est à propos de laisser la liberté de substituer les choses mobiliaires : si on prenoit un parti contraire, nous croyons qu'il conviendroit d'expliquer ce qu'on entend *par choses mobiliaires*, & de borner la défense aux vrais meubles tels que meubles meublans, or, argent, bestiaux, marchandises & autres de pareille nature, afin d'éviter les difficultés qu'on pourroit former sur les rentes & les autres biens & actions réputés meubles par certaines Coutumes.

Après quoi nous croyons qu'il conviendroit d'excepter encore de la défense les donations ou legs des meubles précieux, & les dispositions qui comprennent l'universalité des meubles, sans quoi les substitutions seroient absolument interdites à ceux qui n'ont que des effets mobiliaires. Signés, *Pollinchon*, *Pinault*, de *Bamaaux*, *Douche* de *Beaulieu*, *Visant* de *Ponange*, de *Burges*, *Bissehop*, *Curpin*, de *Calonne*, *J. Vaymel du Parq*.

LA

GRENOBLE.

La réponse est la même que dans l'article précédent. Signés, *Grammont*, *Premier Président*, *Lacroix*, de *Sayne*, de *Loyssin*, *Morel Montrivier*, & *Vidault*, Procureur Général.

METZ.

Nous pensons dans ce cas qu'il convient excepter de la regle générale les dispositions qui comprennent les meubles, qui se réglent par les mêmes maximes que les immeubles. Signés, de *Montholon*, *Paire Pierre*, de *Lange*, *Bertrand Musat*, *Le Goulon* de *Champel*, *Lançon* & *Bonneau*.

PAU.

Nous croyons que si l'on prenoit le parti d'étendre dans tout le Royaume la disposition de l'art. CXXV de l'Ordonnance de 1629, concernant les choses mobiliaires, il faudroit en excepter les meubles précieux, conformément audit art. CXXV, ensemble l'universalité des meubles, parce que ces sortes de choses peuvent former le plus considérable du patrimoine des familles; mais avec la restriction à l'égard des meubles meublans marqués sur la Question précédente. Signés, de *Gaubert*, *Camus*, *Mignon*, *Deodat*, *Desclaux*, *Mesplés*, *Bordenave*, *Dejean*, *Bonecase*, *Lesan Casenave* & de *Caseaux*.

PAU.
M. de Gaubert, Premier Président.

Dans le cas où par la Loi nouvelle les choses mobiliaires ne seroient point susceptibles de substitution, il paroît raisonnable d'en excepter, en conformité de l'Ordonnance de 1629, les pierres précieuses de grand prix, les meubles précieux, *quæ non in presentem modo speciem, sed in perpetuum usum servantur*, qu'on regarde ordinairement dans les anciennes maisons avec affection, laquelle décision doit être étendue à l'universalité des meubles, suivant le sentiment de Marie Ricard, paroissant juste qu'un homme, qui n'a dans son patrimoine que des meubles & des créances, puisse les substituer, & faire passer ses libéralités & ses bienfaits, successivement sur la tête de plusieurs personnes, ce que nous estimons raisonnable.

ROUSSILLON.

Le Conseil souverain de Roussillon estime que, dans le cas que la Loi qui exclut les choses mobiliaires de la matiere des substitutions fidéicommissaires sera étendue aux Provinces où elle n'est pas observée, les meubles précieux, comme bijoux, pierreries, tapisseries & autres semblables, doivent être exceptés de la disposition générale de la Loi, & à plus forte raison l'universalité des meubles.

ROUSSILLON.

Les motifs sont les mêmes que ceux qui ont été employés sur la premiere Question, où l'on a établi qu'il n'y a aucun inconvénient à comprendre les meubles de toutes especes en la matiere des fidéicommis; on a cru y devoir ajouter les raisons suivantes, fondées sur les Usages particuliers du Roussillon, & sur les Loix municipales par lesquelles cette Province est réglée.

En premier lieu, comme la Province est d'une petite étendue, & que les biens mêmes des principales familles ne sont pas fort considérables, l'Usage le plus ordinaire est de réunir, dans les dispositions dernieres, la totalité des biens meubles & immeubles sur la tête d'un seul fils institué héritier universel; mais comme celui-ci pourroit décéder sans postérité, l'Usage le plus ordinaire est de faire passer la totalité aux autres enfans successivement & sous la même condition, au moyen des fidéicommis universels dont ils sont chargés les uns envers les autres; c'est la voie qu'on a trouvé la plus convenable pour pourvoir à la conservation des familles.

Cette totalité, ainsi réunie sur la tête d'un seul, a été trouvée si convenable dans ce Pays, & si nécessaire pour la conservation des familles, par les Etats généraux, tenus sous Philippe II en 1575, que pour rendre cette totalité plus entiere, & empêcher qu'elle ne soit diminuée trop considérablement, on a trouvé à propos de diminuer même la portion de la légitime appartenant aux autres enfans, en la fixant à une quotité inférieure à celle qui avoit été réglée par le dernier état de la Jurisprudence Romaine.

Si donc les Etats généraux de la Province, parfaitement instruits de ce qui est convenable pour la conservation des familles dont elle est composée, a trouvé à propos d'empêcher, autant que faire se peut, la diminution de cette totalité, afin qu'elle passât plus entiere sur la tête de ceux qui sont destinés pour soutenir les familles, comme sont le fils héritier institué, & par son décès les autres fils successivement au cas de leur décès sans enfans, ce seroit une chose contraire à cette conservation & à l'esprit de la Loi municipale (*a*), cotée

(*a*) Constitution seconde du titre de la légitime; c'est Philippe II, présent aux Etats, qui parle, en voici la traduction littérale.

Desirant pourvoir à la conservation des familles, nous statuons & ordonnons, avec le consentement des Etats, que la légitime pour tous les fils & filles, quoique leur nombre soit au dessus de quatre, soit toujours fixé à la quatrieme partie des biens dudit défunt, ce qui sera observé dans toute la Principauté de Cata-

à la marge, si outre la déduction de la légitime qui la fait déja passer moins entiere sur la tête des enfans appellés au fidéicommis universel, on la diminuoit encore considérablement en laissant l'héritier grevé en liberté de faire passer en d'autres mains tous les effets précieux ou la totalité des meubles, c'est ce qui arriveroit si ces biens demeuroient exclus de la matiere des substitutions fidéicommissaires. ROUSSILLON.

En second lieu, il y a nombre considérable de personnes, dont les biens consistent en cabaux, argent comptant, fonds considérables de marchandises : ne pourront-ils pas satisfaire aux vœux si naturels aux peres, de faire passer, par la voie de la substitution fidéicommissaire, ces biens aux fils, successivement au cas que les premiers viennent à manquer sans postérité, & seront-ils mis hors d'état de perpétuer une famille, pour la conservation de laquelle ils se sont donnés tant de soins à les acquérir ?

C'est par ces raisons, que le Conseil souverain de Roussillon estime, qu'il faut renfermer tous les biens meubles dans la matiere des substitutions fidéicommissaires, ou du moins qu'il ne convient pas d'en exclure les effets mobiliaires précieux, ni l'universalité des meubles. Signés, *Deponte d'Albaret*, *Dupont*, de *Villars*, *Collarés*, *Bonnet* de *Romanya*, *Gispert*, de *Fulla*, *Regnés*, *Desprès*, *Bonnet* & *Sans*.

CETTE deuxieme Question devient inutile par la décision de la premiere ; mais on peut représenter, que l'exception contenue dans l'Ordonnance de 1629, & celle que l'on propose, sont contraires à l'esprit de l'Ordonnance, & détruisent la regle qu'elle établit au lieu de la confirmer. TOULOUSE.

Il est aussi aisé d'aliéner les pierres précieuses & les meubles que toutes les choses mobiliaires ; il n'y a donc aucune raison pour les excepter de la regle, & si la substitution est un moyen insuffisant pour conserver les choses mobiliaires dans les familles, ce que nous ne croyons pas, elle l'est aussi pour les pierreries & les meubles précieux.

---

logne & Comté de Roussillon & Sardaigne ..... & sera au choix de l'héritier de payer la légitime en argent ou biens immeubles.

Nota. Il faut rappeller ici ce qui a été dit au préliminaire sur les Questions des donations, au sujet de l'ordre des Loix observées dans la Province, & de la maniere dont elles étoient faites aux Etats.

TOULOUSE.

Il faut encore obſerver, que ſi la diſpoſition de l'Ordonnance de 1629 concernant la ſubſtitution des choſes mobiliaires étoit entretenue avec les exceptions qui ſont propoſées, il arriveroit, d'un côté, que dans les Provinces où les fortunes ſont peu conſidérables, il ſeroit loiſible aux particuliers de ſubſtituer les pierreries & les meubles, qui ſont, pour l'ordinaire, un très-petit objet, & de les tranſmettre à leur poſtérité; & que de l'autre, il leur ſeroit défendu de tranſmettre dans leur famille, au moyen de la ſubſtitution, les choſes mobiliaires, c'eſt-à dire leur patrimoine, ou la meilleure partie de leur patrimoine.

Ces diſpoſitions ſont abſolument contraires, ou plutôt la ſeconde découvre l'injuſtice & le peu de ſolidité de la premiere.

Ainſi nous croyons qu'il n'eſt pas queſtion d'entrer dans la diſcuſſion de chaque exception en particulier, puiſque la regle générale ne peut ſubſiſter. Signés, le *Préſident Daſpe*, *Comere* de *Labaſtide*, *Pegueyroles*, *Baſtard*, de *Catellan-Lamaſquere*, *Azemar*, *Caſſand*, *Aymar*, *Cauſſade*, de *Celés*, *Paraſa*, *Daſpe* de *Meillan*, & *Le Maſuyer*, Procureur Général.

PARIS.
M. le Procureur Général.

La premiere idée qui vient à l'eſprit, après la déciſion de la premiere Queſtion, c'eſt d'étendre la prohibition à tous les cas, puiſqu'il n'y en a pas un qui ne ſoit ſujet aux mêmes inconvéniens dont on a parlé, ce qui ſemble devoir faire autoriſer la prohibition.

Il faut convenir cependant, qu'il y a des pierreries ſingulieres & d'un grand prix, qui deviennent un objet conſidérable par leur valeur, & plus encore par l'affection, que les grands Seigneurs, & ſouvent les Princes, deſirent de conſerver dans leurs maiſons; d'ailleurs preſque toutes les Cours ſont de l'avis de l'exception, *Dijon*, *Metz*, *Flandres*, *Toulouſe*, *Grenoble*, *Bordeaux*, *Aix*, *Pau*, *Alſace & Rouſſillon*; mais la plupart étant attachés à donner la liberté indéfinie de ſubſtituer, il n'eſt pas ſurprenant qu'en ſuppoſant qu'on décide pour la prohibition, ils ne ſoient pas portés à favoriſer l'exception.

D'ailleurs ſe bornera-t-on aux pierres précieuſes d'un grand prix, comme le porte l'art. CXXV de l'Ordonnance de 1629? Etendra-t-on l'exception juſques aux meubles précieux, comme on le propoſe dans la Queſtion? Quelle ſource de procès pour caractériſer ce qui ſera ou ce qui ne ſera pas dans le cas de l'exception! On croit donc devoir préférer l'avis du Parlement de Beſançon & de M. Le Bret, qui excluent toute exception, exception qui ne peut être

faite que sur un intérêt particulier d'affection qui n'intéresse point l'intérêt de l'Etat. On y est d'autant plus porté, que quoiqu'il y ait plusieurs Coutumes dans le ressort du Parlement de Paris, qui regardent les meubles précieux comme une espece de propres, de retrait pour ainsi dire, comme une espece d'immeubles dont la vente pourroit s'annuller par la lésion; quoiqu'on ait vu autrefois plusieurs exemples de substitution de meubles précieux, il est pourtant vrai que, depuis long-temps, les substitutions de meubles précieux & même de pierres précieuses sont beaucoup plus rares.

PARIS.

La question de la substitution de l'universalité peut former plus de doute, tout le patrimoine d'un testateur peut consister en choses mobiliaires. Sera-t-il privé de toute espérance de substitution s'il a des immeubles & des effets mobiliaires? L'exclura-t-on de substituer tous ses biens? Peut-être ses immeubles étant d'une ligne passeront-ils à un parent de la ligne, pendant que tout le mobilier ira aussi à un autre héritier. Pourra-t-il substituer à l'un, & en sera-t-il privé par rapport à l'autre qui sera peut-être le dissipateur? Si on exclut l'universalité des meubles, il s'ensuivra qu'il n'y aura donc plus de fidéicommis universel, auquel souvent le soutien des grandes maisons & le bien de l'Etat est intéressé; mais aussi tous ces inconvéniens ne le sont que par la relation à la faculté de substituer, & ces inconvéniens ne sont pas comparables à celui de laisser la liberté de substituer des choses mobiliaires. Les inconvéniens sont semblables dans la substitution de l'universalité comme dans la substitution d'une portion. Si on autorise la prohibition, ce seroit donner lieu de l'éluder que de permettre la substitution de l'universalité, le nombre des Parlemens, qui sont pour l'exception, n'y sont portés que parce qu'ils voudroient presque tous qu'il n'y eût point de prohibition.

Les remplois sont toujours une source de difficultés & de procès, si l'on y est obligé pour le bien des mineurs, cela ne dure que peu d'années; dans le fidéicommis ils peuvent se perpétuer pendant toute la vie du grevé, & même de plusieurs grevés.

Cette Question a formé autant de doute que la premiere; ainsi en supposant l'avis de l'exclusion du fidéicommis dans les choses mobiliaires, quelques-uns ont voulu les conserver dans le premier degré, d'autres ont cru qu'on devoit les admettre seulement pour les bestiaux étant dans les terres, ou pour les meubles étant dans les châteaux; d'autres enfin ont été d'avis de conserver l'universa-

PARIS.

lité des choses mobiliaires, mais dans le cas de la substitution de l'universalité du patrimoine ; d'autres enfin de conserver l'universalité dans tous les cas où les substituans auroient exigé un emploi, on s'est réduit enfin à l'avis uniforme, par rapport aux pierreries & aux meubles précieux, de les comprendre dans la prohibition de tous fidéicommis, dans le cas qu'on décideroit pour la prohibition de substituer les choses mobiliaires.

Mais à l'égard de l'universalité des meubles, on s'est trouvé presque partagé entre l'avis de la prohibition du fidéicommis, même dans le cas de l'universalité, & l'avis d'autoriser le fidéicommis de l'universalité des meubles dans le seul cas dans lequel le substituant auroit exigé l'emploi dans l'acte même de substitution.

Nota. Sur la premiere Question est l'avis du Parlement de Besançon sur la seconde.

QUESTION TROISIEME.

Si dans les Parlemens où l'Ordonnance de 1629 est observée, on suit la disposition de cette Ordonnance, qui défend aux personnes rustiques de faire des Substitutions, & s'il convient d'en faire une Loi générale?

PROVENCE.

IL ne convient pas, à ce que l'on pense, d'interdire aux rustiques l'avantage de pouvoir disposer de leurs biens par substitution. La disposition des Loix embrasse tous les états qui forment la société civile, pourquoi, sans aucune nécessité, en séparer une partie en les privant d'une consolation dont l'homme est si jaloux ; d'ailleurs comment fixer l'état des personnes rustiques & le définir d'une maniere exacte & précise. Les variations qui arrivent perpétuellement à la fortune des hommes, soit par les successions qu'ils recueillent, soit par leur industrie & leur travail, soit par le changement de leur domicile & par leur genre de vie, formeront un obstacle invincible à pouvoir prescrire des bornes à cet état qui fussent justes & invariables, & à donner une idée précise de ce que l'on entend par personnes rustiques.

Nos Loix ont enfin eu pour objet d'accorder des privileges particuliers aux personnes rustiques, ne seroit-ce pas en blesser

l'esprit que de les priver des avantages que le droit commun leur attribue ?

PROVENCE.

Il a été dit sur la premiere Question, que l'Ordonnance de 1629 n'est pas observée en Provence ; ainsi l'on laisse aux personnes rustiques la liberté de substituer, & cela paroît juste, parce que ces rustiques sont aussi attachés au peu de bien qu'ils possèdent, que les riches peuvent l'être à des héritages infiniment plus considérables ; ainsi l'on estime que si l'on conserve aux nobles la faculté de substituer, l'exception des personnes rustiques, portée par l'Ordonnance de 1629, ne devroit pas être étendue dans les Provinces où cette Ordonnance n'a pas encore été gardée.

PROVENCE. M. Le Bret.

On a déja dit qu'en Provence l'Ordonnance de 1629 n'est point gardée, les rustiques y font librement des substitutions, & il semble que de les en priver, c'est leur ôter le moyen de conserver, dans leur descendance, le bien qu'ils ont, lequel leur est aussi cher, pour petit qu'il soit, que l'est un grand bien aux personnes considérables ; mais peut-être qu'en ce cas il faudroit fixer la valeur du bien pour lequel ils pourroient faire des substitutions, ou du moins pour un seul & premier degré.

PROVENCE. M. Decormis, Avocat.

On suit en Franche-Comté la disposition du Droit, qui permet de faire des substitutions à tous ceux qui ont la liberté de tester. L'Ordonnance de 1629 n'y a pas été publiée ; delà il arrive journellement que des personnes rustiques, des roturiers, font des fidéicommis dans leurs familles, à l'exemple de ce qui se fait dans les maisons les plus distinguées ; cela vient de ce qu'elles jouissent pleinement de l'autorité que la Loi accorde aux testateurs en leur laissant la liberté de mettre à leurs dispositions telles conditions qu'elles jugent à propos, pourvu que ces conditions ne soient pas contre le droit public ni contre les bonnes mœurs.

FRANCHE-COMTE. BESANÇON.

La liberté de disposer de ces biens comme on le juge à propos, dont les Romains étoient si jaloux, ne mérite pas la même faveur, lorsqu'on s'apperçoit qu'on en abuse, c'est ce qui arrive souvent dans les fidéicommis ; on les regarde, suivant nos mœurs, comme une précaution qui tend à perpétuer les maisons distinguées dans un certain éclat ; c'est donc, ce semble, en leur faveur uniquement, que l'on doit permettre de séparer du commerce de certains biens, & non pas en faveur des personnes rustiques, qui, dans la

FRANCHE-COMTÉ, BESANÇON.

décadence de leur fortune, sont toujours remplacées par d'autres de même espece.

Il paroît donc convenable d'admettre quelque tempérament à la disposition du Droit, & de priver les personnes rustiques de la liberté de faire des fidéicommis ; mais ne seroit-il pas plus juste encore de dire en général, qu'il n'y aura que les nobles & les personnes revêtues d'offices dans les Compagnies supérieures, ou de charges militaires qui pourroient faire des substitutions ? Car si la défense ne comprend que les gens rustiques, elle sera imparfaite & occasionnera des difficultés sur la qualité des personnes ; il vaut mieux, tout d'un coup, fixer le privilege aux personnes d'un certain état ; c'est ce que les nouvelles Ordonnances du Roi de Sardaigne ont sagement établi, en déclarant par l'art. II, tit. II, liv. 5, pag. 256 (où il est parlé de fidéicommis) que les bourgeois même Docteurs en Droit ne pourroient faire des fidéicommis.

Par une suite de cette réflexion, il paroît à propos d'établir, en même temps, une exception en faveur des roturiers qui substitueront leurs biens à des personnes nobles, ou revêtues de dignité ou charges dont on a parlé, & par réciprocité il faudroit que ceux-ci ne pussent pas substituer leurs biens à des roturiers, ce seroit le moyen de rendre la Loi parfaite, & de se renfermer dans la véritable idée que l'on doit prendre des fidéicommis. Il est vrai que l'on peut opposer, que si une personne noble peut instituer un héritier roturier, & qu'on n'y trouve pas d'inconvénient, pourquoi dira-t-on ne le pourra-t-il pas substituer à l'héritier qu'il a nommé, *qui potest institui vel substitui directe potest per fideicommiss.* mais l'on peut répondre que c'est une exception à la regle, dont la faveur de la noblesse est l'objet.

Ainsi les Commissaires estiment, que l'on doit déclarer qu'il ne sera permis qu'aux personnes nobles, ou revêtues d'offices dans les Compagnies supérieures, ou de dignités militaires, de faire des substitutions, avec défenses à eux d'en faire en faveur des roturiers, auxquels il sera toutefois permis de substituer leurs biens aux personnes de la qualité ci-dessus. Fait & arrêté *le 29 Août* 1730. Signés, *Boisot*, *Espiard*, *Tinsean*, *Dorol*, & *Baquet de Courbouson.*

BORDEAUX.

Le Parlement de Bordeaux n'observe point non plus la disposition de l'Ordonnance de 1629, qui défend aux personnes rustiques,

ques de faire des ſubſtitutions, & nous ne croyons pas qu'il convienne d'en faire une Loi générale. Pourquoi gêner, à leur égard, une liberté ſi précieuſe à tous les hommes, & faire, à leur préjudice, une diſtinction inconnue dans toutes les Loix? Comment d'ailleurs prévenir tous les procès qui peuvent naître de l'explication du terme de ruſtiques? En jugeroit-on ſeulement par l'habitation? Y joindroit-on les conſidérations de la naiſſance? De la fortune? Du caractere d'eſprit? &c. Signés, *Gilles de Lacaſe*, *Le Berton*, *d'Albeſſard*, *Bigot*, *Jegun*, & *Le Montreau*. BORDEAUX.

L'ORDONNANCE de 1629 nous étant inconnue, nous ne l'obſervons pas, & les ruſtiques, auſſi-bien que les autres, peuvent, parmi nous, ſubſtituer leurs biens meubles & immeubles. COLMAR.

Convient-il de faire une Loi générale qui leur en interdiſe la liberté? Nous ne le croyons pas; & ſi l'avis contraire en nombre l'emportoit, on traiteroit les perſonnes ruſtiques plus défavorablement que n'ont fait toutes les Loix anciennes, qui ont regardé toujours les habitans de la campagne comme privilégiés, & ont exigé d'eux moins de ſolemnité dans tous les actes que de ceux qui habitent les villes. Signés, de *Corbeſon*, *Holdt*, *Muller* & *Mulle*.

DEPUIS l'enrégiſtrement de l'Ordonnance de 1629, l'art. CXXV qui défend aux perſonnes ruſtiques & illittérées, de faire des ſubſtitutions a toujours été obſervé en ce Parlement, même pour les Pays de Droit Ecrit de ſon reſſort. DIJON.

Le 10 Juillet 1658, fut rendu, pour la Breſſe, le premier Arrêt ſur cette Queſtion, au rapport de M. de Theout, l'ainé. La ſubſtitution faite par Claude Benoît, laboureur, à Mury, fut déclarée nulle. Pareil Arrêt le 2 Mai 1664, au rapport de M. Malteſte. Autre Arrêt du 7 Juillet 1671, au rapport de M. Epiard. Arrêt du 2 Août 1679, au rapport de M. Gagne. Du 24 Février 1730, au rapport de M. Lantin. Tous ces Arrêts confirmant la Juriſprudence, ont déclaré nulles des ſubſtitutions faites par des ruſtiques dans différens villages de Breſſe.

Enfin, pour la Bourgogne, il y a un Arrêt du 7 Janvier 1658, qui déclare nulle la ſubſtitution faite par Claude Monot, du village de Bontange, dans le Châlonnois, ſur le fondement qu'il étoit ruſtique & illittéré.

Les Commiſſaires croient devoir obſerver, que ſous le mot

DIJON.

ruſtiques & *illittérés*, il ne leur paroît pas qu'on doive comprendre les artiſans, même les laboureurs demeurans dans les villes dont la plûpart ſont illittérés.

L'Ordonnance de 1629, n'a interdit aux ruſtiques la liberté de faire des ſubſtitutions, que parce qu'elle a ſuppoſé qu'ils en ignoroient la nature & les effets. Ce motif ſemble ceſſer à l'égard des artiſans domiciliés dans les villes, & qui pour être illittérés ſemblent pouvoir recourir à des conſeils qui les dirigent, & dès-lors on ne doit pas les regarder comme compris dans le nombre des perſonnes ruſtiques. Telle eſt la Juriſprudence de ce Parlement.

Le 18 Juillet 1650, il y eut Arrêt qui confirma une ſubſtitution faite par un menuiſier d'Arnay-le-Duc. Le 26 Juin 1655, Arrêt qui confirme la ſubſtitution faite par un maréchal d'Autun; celle faite par la veuve d'un tailleur d'habits de Bourg fut auſſi confirmée le 3 Janvier 1678.

Le teſtament de Tobre Legras, laboureur, demeurant à Dijon, & qui tous les jours alloit à la charrue & cultivoit la terre, fut confirmé par Arrêt rendu à l'Audience publique de Grand'Chambre du 18 Juillet 1661, quoiqu'il contînt une ſubſtitution.

Tant d'Arrêts établiſſent inconteſtablement que dans ce Parlement, & même dans les Pays de Droit Écrit de ſon reſſort, on ſuit la diſpoſition de l'art. CXXV de l'Ordonnance de 1629, qui défend aux perſonnes ruſtiques de faire des ſubſtitutions, ſans que dans ce nombre on comprenne les artiſans & même les laboureurs demeurans dans les villes, & pour prévenir toutes difficultés, les Commiſſaires croient qu'il faut les excepter nommément de l'article. Les Commiſſaires croient auſſi qu'il convient de faire une Loi générale de la diſpoſition de l'art. CXXV. Signés, de *Birbiſey*, de *La Marre*, *Baſin*, *Fijan Mairelet*, de *Minot*, *Normand*, puîné, & *Genreau*.

FLANDRES.

On a déja obſervé que l'Ordonnance de 1629, ni par conſéquent l'article qui défend aux perſonnes ruſtiques de faire des ſubſtitutions n'eſt point reçu au Parlement de Flandres; nous ignorons quelle eſt à cet égard la Juriſprudence des Parlemens où cette Ordonnance eſt obſervée; mais nous croyons qu'il faut laiſſer, à un chacun, même aux ruſtiques, la liberté de faire des ſubſtitutions, pourvu qu'elles ſoient expliquées en termes clairs, conformément à ce qui eſt preſcrit pour nos Provinces par l'Edit perpétuel des Archiducs de l'an 1611; & nous croyons qu'il convient

d'autant moins de faire une Loi générale de l'Ordonnance de 1629, qui défend aux personnes rustiques de faire des substitutions, qu'il est très-difficile de déterminer précisément ceux qui doivent être compris sous le mot de *personnes rustiques*, & que sans cette détermination la Loi ne serviroit qu'à faire naître des nouvelles questions. Signés, *Pollinchonc*, *Pinault* de *Bannaux*, *Douche* de *Beaulieu*, *Visars* de *Ponange*, de *Burges*, *Bissehop*, *Curpin*, de *Calonne*, J. *Vaymel du Darcy*. FLANDRES.

NOUS avons toujours admis les substitutions faites par les personnes rustiques, relativement à l'esprit de nos Coutumes, & nous estimons qu'on doit les maintenir dans cette liberté. Signés, de *Montholon*, *Pierre*, de *Lange*, *Bertrand*, *Muzac*, *Le Goullon*, de *Champel*, *Bonneau* & *Lancon*. METZ.

LA réponse est la même que sur le premier article, à quoi l'on peut ajouter que l'usage est fréquent parmi les marchands Briançonnois de faire des substitutions fidéicommissaires, lesquels marchands ne doivent pas être regardés comme des paysans ordinaires. Signés, *Grammont*, premier Président, *Lacroix* de *Sayne*, de *Leyssius*, *Mores*, *Montrivier* & *Vidault*, Procureur Général. GRENOBLE.

NOUS avons remarqué sur la premiere Question, que l'art. CXXV de l'Ordonnance de 1629 n'a pas été vérifié dans ce Parlement, il n'y est pas observé au sujet des substitutions faites par les rustiques. PAU.

Nous croyons qu'il en doit être de même dans la Loi nouvelle: le Droit Romain ne fait aucune distinction à cet égard, & il y auroit beaucoup d'embarras à la faire. Signés, de *Gaubert*, *Casau*, *Mignon*, *Deodat*, *Desclaux*, *Mesplé*, *Bordenave*, *Dejean*, *Bonnecase*, *Casenave* & de *Caseau*.

L'ON peut dire que les rustiques ne connoissent point les conséquences d'une substitution & d'un fidéicommis, dont le principal objet, en France, est de conserver dans leur état & splendeur certaines familles de condition; ce n'est pas sans raison que l'art. CXXV de l'Ordonnance de 1629 ordonne, que les personnes rustiques ne pourront faire des fidéicommis; il paroîtroit raisonnable d'étendre par-tout la disposition de cet art. CXXV, & d'en faire une Loi générale dans tout le Royaume; mais dans ce cas il fau- PAU. M. DE GUABERT, premier Président.

PAU.
M. DE GAUBERT, premier Président.

droit lever une difficulté proposée par M. Bretonnier, ce qu'on entend par ce terme rustique, si on y comprend les Curés, Vicaires ou autres personnes qui demeurent à la campagne, les gentilshommes, les médecins, chirurgiens, apothicaires, les marchands, les gros laboureurs, même les officiers de justice qui habitent perpétuellement la campagne. Cette distinction des personnes rustiques entraîneroit des difficultés & des procès ; le Droit Romain d'ailleurs ne met nulle différence pour les substitutions entre les rustiques & les gentilshommes ; l'on estime qu'il est plus court & qu'il convient mieux de ne point faire de distinction à cet égard.

ROUSSILLON.

On a déja dit que cette Ordonnance n'a pas été envoyée ni enrégistrée en Roussillon, ainsi elle n'y est exécutée en aucun chef. Le Conseil souverain de Roussillon a déja donné son avis sur le chef qui regarde les choses mobiliaires ; il lui reste à répondre s'il convient de faire une Loi générale qui exclue les rustiques de la liberté de faire des substitutions, que l'article de l'Ordonnance de Louis XIII leur interdit par le motif exprimé dans la Loi, qui est le défaut de connoissance suffisante de la part de ces personnes.

Le Conseil souverain estime, que le droit de faire des substitutions fidéicommissaires doit être commun & général à toute sorte de personnes, & qu'il ne convient pas d'en exclure les rustiques.

Les motifs de cet avis consistent, en ce qu'en premier lieu il est difficile d'y déterminer ce que l'on doit entendre par ce terme *rustiques*, si ce sont tous les habitans de la campagne, soit nobles ou roturiers, si on y comprend seulement ceux qui habitent dans des montagnes, en des métairies, sans avoir une société civile & commune, comme ceux qui composent un bourg ou un village; sous ce nom *rustiques*, les prêtres, les curés, les médecins, les chirurgiens, les personnes qui après avoir été dans le commerce du monde se sont retirés dans ces endroits pour y mener une vie privée & tranquille y seront-ils compris ? Sera-ce l'habitation ? Sera-ce l'éducation qui fera le rustique ? Ce sont là les difficultés qui naissent du chef de la Loi, qui exclut les rustiques du droit de faire des substitutions fidéicommissaires.

En second lieu, ces sortes de personnes n'ont pas plus de connoissance de la substitution vulgaire, pupillaire, exemplaire, que de la fidéicommissaire ; ainsi si le défaut de connoissance n'a

pas paru suffisant pour les exclure de faire les unes, pourquoi les excluroit-on de faire les autres ?

En troisieme lieu, le Droit Romain en plusieurs occasions égale les femmes, à cause de leur simplicité, aux rustiques ; il présume même défaut de lumieres & de connoissances, à ces deux especes de personnes ; cependant si les unes sont admises à ce droit de faire des fidéicommis, pourquoi en exclure les autres ?

Le Conseil souverain de Roussillon a cru aussi qu'il devoit examiner la convenance de la Loi proposée sur la connoissance qu'il a de la situation particuliere du Roussillon : c'est une Province de très-petite étendue, Perpignan en est comme le centre, qui n'est pas fort distant des extrêmités, il est facile à toutes personnes d'y venir prendre conseil pour leurs contrats & leurs dispositions dernieres ; elle est encore divisée en quatre Vigueries, celle qui retient le nom de la Province, & qui est appellée Viguerie de Roussillon, est composée de plusieurs bourgs ou villages, où il y a des gens de conseil & des Notaires ; celle de Conflens a la ville de Prades, Ville-franche, Vinca, Olette, où il y a nombre d'Avocats & de Notaires, auquel tous les habitans de cette contrée peuvent recourir pour prendre leurs instructions ; il en est de même de celle de Valespir, où les habitans trouvent la même facilité dans Arles, Ceret, Prats de Mouillou, Elne, Coullioure, ce qui a lieu aussi dans cette partie de la Cerdaigne qu'on appelle Française. Ainsi il n'y a personne dans la Province, qui, au moyen des instructions qu'il peut prendre, ne soit en état de faire des substitutions fidéicommissaires par discernement & avec connoissance, outre que cette maniere de disposer est si générale dans la Province, qu'elle doit être censée connue de tous, & il arrivera très-rarement qu'on puisse présumer que ces substitutions soient faites sans connoissance, & ce sont les cas fréquens, & non ceux qui arrivent rarement qui doivent fixer l'attention du Législateur (*a*).

Par ces raisons le Conseil souverain estime qu'il ne convient pas d'exclure les rustiques de faire des substitutions fidéicommissaires ; il se trouve dans nos montagnes de riches habitans qui ont des

(*a*) *Leg.* 4, 5 & 6, *ff. de leg. ex his quæ forte uno aliquo casu accidere possunt jura non constituuntur, nam ad ea potius aptari jus quæ & frequenter & facile quamquæ per raro eveniunt, quod enim semel aut iterum fit prætermittunt Legislatores.*

ROUSSILLON.

biens assez considérables pour qu'on ne les prive pas de la douce espérance de conserver leurs biens dans la famille par le moyen de ces substitutions ; le Droit Romain a favorisé même la liberté de leurs dispositions bien loin de la restraindre ; il soutient les testamens au nombre de cinq témoins au lieu de sept, exigé nécessairement aux testamens de tous les autres (*a*). Signés, *Deponte d'Albaret*, *Dupont*, de *Villars*, *Collarés*, *Bonnet* de *Romanya*, *Gispert* de *Fulla*, *Regnés*, *Desprès*, *Bonnet* & *Sans*.

TOULOUSE.

CETTE disposition de l'Ordonnance de 1629, laquelle fut enrégistrée au Parlement de Toulouse, sous les remontrances que Sa Majesté seroit suppliée de permettre au Parlement de continuer de se conformer au Droit Ecrit, n'a jamais été observée dans l'usage de ce Parlement ; la liberté de pouvoir faire des substitutions étant une suite de celles que les Loix ont donnée de pouvoir tester, à toutes les personnes auxquelles elles n'ont point interdit cette liberté naturelle & si favorable dans le Droit Romain (*b*).

Il ne paroît point par conséquent convenable d'exclure absolument les personnes rustiques de pouvoir faire des substitutions, ni d'en faire une Loi générale, d'autant plus que l'âge des enfans & autres circonstances peuvent rendre les substitutions convenables au bien des familles.

D'ailleurs le Parlement de Toulouse s'étant exactement conformé à la disposition de l'Ordonnance de Moulins & à celle de la Déclaration de 1712, au sujet de la publication & insinuation des substitutions, tant contractuelles que testamentaires, il y a moins d'inconvéniens que jamais à en permettre l'usage, puisqu'il a été pourvu à l'intérêt des créanciers & tiers acquéreurs. Signés, *le Président Daspe*, *Comere de Labastide*, *Pegueyroles*, *Bastard*, *Catellan-Lamasquere*, *Azemar*, *Cassand*, *Aymar*, *Caussade*, de *Celés*, *Parasa*, *Daspe* de *Meillan* & *Le Masuyer*.

PARIS.
M. le Procureur Général.

SI on suit le nombre des suffrages, on doit décider contre l'exception. Les seuls Parlemens de Dijon & de Besançon sont en faveur de l'exception.

Il est vrai que si on réfléchit sur les principes & sur les motifs

(a) *Leg. ult. cod. de testam.*

(b) *Leg. 4, ff. de his qui testam. fac. poss.* §. *in primis instit. de fideicom. hered.*

des ſubſtitutions, ils ne paroiſſent avoir aucune application aux ruſtiques, on peut dire même qu'il eſt dangereux de les introduire en leur faveur, parce que ni lui ni les Notaires qui paſſent les actes entre ruſtiques n'en ſentent pas aſſez les conſéquences.

PARIS.

Mais il faut auſſi convenir que la prohibition que l'on feroit aux ruſtiques de pouvoir faire des ſubſtitutions, feroit naître trop de conteſtations pour pouvoir être autoriſée. Qu'entendra-t-on ſous le nom de ruſtiques? N'entendra-t-on que les artiſans de la campagne & les journaliers, ou entendra-t-on ſous ce nom les laboureurs, & entre eux les pauvres ſeulement ou les riches? Comprendra-t-on ſous cette expreſſion les curés? Et alors diſtinguera-t-on ceux dont les cures ſont conſidérables de ceux à portion congrue? Que décidera-t-on pour les officiers de juſtice? Il y a quelquefois, dans de très-petites paroiſſes, des bourgeois riches, même des gens qui font un gros commerce, il y a des villes au contraire où il n'y a, pour ainſi dire, que des ruſtiques; d'ailleurs un teſtateur, depuis ſon teſtament, peut changer d'état, de condition & de domicile; il n'eſt pas poſſible de caractériſer réellement ce que c'eſt qu'une perſonne *ruſtique*; il faut donc les comprendre dans la Loi commune, ſi l'on veut tarir ſur ce ſujet la ſource d'une infinité de procès.

Ainſi on croit devoir ſe ranger à l'avis du plus grand nombre, n'y ayant que les ſeuls Parlemens de Dijon & de Beſançon qui ſoient pour l'exception; mais par les différens Arrêts même rendus au Parlement de Dijon, on ne connoît que trop la difficulté de définir les perſonnes ruſtiques pour être tenté de les excepter de la Loi.

Le Parlement de Beſançon eſt peut-être entré dans les vues les plus juſtes qu'on pouvoit avoir ſur cette queſtion, en bornant la faculté de faire des ſubſtitutions, ſoit aux nobles, aux officiers des Cours ſouveraines & aux officiers militaires, ſoit aux roturiers qui ſubſtitueroient à ces trois ſortes de perſonnes, & en ne leur permettant pas même de ſubſtituer à des roturiers: mais il faut cependant convenir que ces diſtinctions cauſeroient une difformité de la Loi qui ſeroit également mal reçue, & dans les Provinces où les ſubſtitutions ſont favorables, & dans celles où elles ne le ſont pas, il eſt évident même qu'il devroit y avoir des diſtinctions entre les différens officiers militaires & les différens officiers de juſtice.

Ainſi on a cru qu'on ne devoit point défendre aux perſonnes ruſtiques de faire des ſubſtitutions.

QUATRIEME QUESTION.

Si le fidéicommis contractuel est revocable lorsqu'il a été accepté par le premier substitué, & s'il y a des distinctions à faire à cet egard, soit entre le fidéicommis apposé à une donation, & celui qui est apposé à une institution contractuelle, soit entre les nobles & les roturiers ? Quid *Si le substitué a été seulement present à l'acte sans aucune acceptation expresse & formelle de sa part?*

PROVENCE.

L'On croiroit que le fidéicommis contractuel est revocable dans le cas même qu'il a été accepté, à moins que l'acceptation ne soit renfermée dans l'acte, ou qu'elle ait été faite postérieurement du consentement exprès du donateur : mais à l'égard d'une substitution apposée dans une institution contractuelle, comme cette espece d'institution ne peut, suivant nos Usages, être faite qu'en contrat de mariage, l'on croiroit que la substitution qui y est apposée doit avoir son effet, bien qu'elle n'ait pas été acceptée par le substitué lorsque ce substitué se trouve un des conjoints ou un des descendans du même mariage, & non pas lorsque c'est une personne étrangere ; parce que dans ce premier cas cette substitution fait partie des pactes du contrat de mariage qui sont irrevocables, sans admettre aucune distinction entre les nobles & les roturiers. Dans le second cas la substitution apposée en faveur d'un étranger n'est qu'une simple destination qui ne prend sa force que de la persévérence du donnant jusqu'au jour de son décès, & ne participe en cela que des dispositions testamentaires.

La présence du substitué à l'acte ne peut être équipolente à une acceptation expresse, & ne rend par conséquent pas la substitution irrevocable.

Les principes de ces décisions sont tirés, premiérement, de ce que suivant la disposition de la *Loi* 27, *au code de fideicom.* (*a*),

(a) *Fideicommissum ejus qui reliquerat penuenia probata successores numquam præstare compelluntur, leg.* 19, *cod. de fideicom. clari & aperti juris est, in fideicommissis posteriores voluntates esse firmiores.*

le

le fidéicommis & substitution sont de leur nature irrévocables, & ne subsistent qu'autant que celui qui a fait le fidéicommis persévere dans la même volonté jusqu'à sa mort.

En second lieu, quoique par l'ancien Droit Romain les substitutions apposées dans les contrats de donation ne produisent aucun effet, parce que la stipulation ne pouvoit avoir lieu qu'entre les parties qui étoient intervenues dans l'acte, & qui s'étoient liées par une mutuelle stipulation, & non pas en faveur de personnes tierces, suivant *le §. 4, de la Loi 73, au titre de diversis reg. jur.* (*a*). Cependant par le Droit nouveau, il fut permis de faire des donations sous des modifications, conditions & clauses de substitutions en faveur de personnes tierces, ainsi qu'il est décidé par les Loix 1, 2 & 3, *cod. de donationib. quæ sub modo vel condic. vel certo temp. conficiuntur* (*b*). C'est là, à ce qu'on pense, l'origine des fidéicommis contractuels, qui ne lierent pourtant pas les donateurs d'une maniere irrévocable, qu'autant que le donataire, qui avoit accepté la donation conditionnelle, avoit intérêt à son irrévocabilité.

En troisieme lieu, il est également constant, en Droit, que quand une donation est parfaite, elle n'est plus susceptible de changement & de condition de la part du donateur, suivant la disposition de la Loi 4, *cod. de donationib. quæ sub modo*, & la donation est parfaite, lorsque le consentement mutuel des parties y est intervenu, & que le donateur ou substitué ont accepté.

Ces principes posés, il s'ensuit,

1°. Que le fidéicommis contractuel non accepté est révocable de le part du donateur, puisqu'alors il n'a fait que déclarer son intention sans y persévérer, que c'est plutôt une destination & un projet de substitution qu'un acte qui puisse être regardé comme parfait.

(a) *Nec pasciendo, nec legem dicendo, nec stipulando, quisquam alteri cavere potest.*

(b) *Quotes* (porte la derniere de ces Loix) *donatio ita conficitur ut post tempus id quod donatum est alii restituatur : veteris juris autoritate rescriptum est, si in quem liberalitatis compendium conferebatur stipulatus non sit : placiti fide non impleta ei qui liberalitatis auctor fuit vel heredibus ejus condictitiæ actionis persecutionem competere, sed cum postea benigna juris interpretatione divi principes ei qui stipulatus non sit utilem actionem juxta donatoris voluntatem competere admiserint : actio quæ sorori tuæ in rebus humanis ageret competebat, tibi accomodabitur.*

PROVENCE.

2°. Que quand ce fidéicommis a été accepté & réalisé, il est devenu par-là irrévocable, parce que l'acceptation intervenue dans l'acte de donation la rend entiérement parfaite à tous égards, ainsi qu'elle l'étoit par rapport au premier donataire.

3°. Que comme par nos Usages (a) les institutions contractuelles participent plus de la nature des donations entre-vifs que des institutions testamentaires, il ne doit y avoir aucune difficulté entre un fidéicommis apposé dans un contrat de donation & celui qui est apposé dans une institution contractuelle.

Il est vrai qu'à suivre les véritables principes du Droit Romain, les institutions contractuelles renferment un pacte de succéder prohibé par les Loix, & que ce n'a été qu'avec peine qu'on les a reçues ; mais la faveur des contrats de mariage les a nonseulement fait adopter, mais nous a encore éloigné de l'autre principe du Droit Romain, qui vouloit que le pacte de succéder, permis par les Loix entre soldats, tenant plus de la nature des testamens que des donations entre-vifs étoient révocables, nous avons, contre cette disposition, rendu ces institutions contractuelles irrévocables.

4°. Que la seule présence ne formant pas une acceptation expresse telle que les Ordonnances la requierent en fait de donations, la présence d'un substitué ne peut opérer le même effet qu'une acceptation expresse, la tacite n'étant pas suffisante pour opérer cet effet.

PROVENCE. M. LE BRET, premier Président.

IL paroît certain que le fidéicommis contractuel accepté par le premier substitué n'est pas révocable, mais il ne paroît pas même qu'il puisse être révoqué quoiqu'il n'ait pas été accepté avant l'échéance ; car ce n'est pas la nature de la disposition qui la rend irrévocable, mais la nature du contrat qui la contient.

L'on estime au surplus, comme sur la Question troisieme, qu'il n'y a point de différence, à cet égard, entre les nobles & les roturiers, puisque la qualité des parties ne change rien à celle de l'acte.

PROVENCE. M DECORMIS, Avocat.

SUR le quatrieme, le fidéicommis contractuel n'est pas révocable, lorsqu'il a été accepté par le premier substitué, & même il

(a) Duperier, liv. 2, quest. 16, & dans ses max. tit. des instit. contract.

n'eſt pas naturellement révocable, bien qu'il n'ait pas encore été accepté par le premier ſubſtitué pour n'être pas encore échu en ſa faveur, ſuffiſant que la diſpoſition en ſon principe ſoit contractuelle & irrévocable, pour s'étendre à toute la ſuite d'icelle, & il ſemble qu'à cet égard il n'y auroit point de différence à faire entre les nobles & les roturiers, parce que l'irrévocabilité de la diſpoſition contractuelle provient de la nature d'icelle, & non de la qualité des perſonnes y appellées, & la préſence ou abſence du ſubſtitué à l'acte, ſans acceptation expreſſe, ne lui ôte pas le droit à lui déféré par la nature de la ſubſtitution le cas en arrivant dans la ſuite, pour lui donner droit de l'accepter ou répudier.

PROVENCE.

QUOIQUE l'acceptation ſoit de l'eſſence de la donation, & que la donation ne puiſſe pas ſubſiſter ſans cette formalité, il eſt néanmoins inconteſtable que dans le cas du fidéicommis contractuel & de pluſieurs donations ſubordonnées les unes aux autres, la donation étant une fois parfaite par l'acceptation du premier donataire, elle profite également à tous les autres quoiqu'ils n'aient pas accepté, & leur donne une action pour en demander l'effet, ſuivant les termes formels de la Loi *quoties, au cod. de donationib. quæ ſub modo*; en ſorte qu'il n'eſt pas même néceſſaire que le premier ſubſtitué ait accepté, pourvu que le premier donataire l'ait fait. Nous ſommes de plus perſuadés, & nous ne connoiſſons point là-deſſus d'autre Juriſprudence, que le contrat devant avoir ſon exécution dans tous ſes points & toutes ſes clauſes, il eſt de ſa nature irrévocable.

BORDEAUX.

Si néanmoins ceux qui ſont intervenus dans le contrat de donation, comme le donateur & le premier donataire, quand tout s'eſt paſſé entre eux ſeuls, & le premier ſubſtitué quand il a accepté, conſentoient unanimément à la révocation du fidéicommis, ils le pourroient faire au préjudice des autres ſubſtitués qui n'auroient point accepté, parce qu'il n'a été pris aucun engagement avec eux, & qu'il n'eſt rien de ſi naturel que de détruire les choſes de la même maniere dont elles ont été faites; c'eſt ce que nous croyons qu'on doit obſerver par rapport au fidéicommis appoſé à une donation entre-vifs, & cela ſans diſtinction entre nobles ou entre roturiers.

Que ſi le fidéicommis eſt appoſé à une inſtitution contractuelle, il faut avoir recours à cette diſtinction : entre roturiers il eſt toujours révocable, auſſi-bien que l'inſtitution contractuelle dont

BORDEAUX.

il est la suite, quelque acceptation qui en ait pu être faite ; si au contraire c'est entre nobles, il devient entiérement irrévocable, même sans aucune acceptation, pour ce qui regarde les contractans & les enfans à naître du mariage, décision qui s'applique à toutes les donations faites par contrat de mariage & aux fidéicommis qui y peuvent être apposés, soit entre roturiers, soit entre nobles.

Quant au dernier membre de la question proposée, on répond que par les principes ci-dessus établis, l'acceptation du premier substitué n'est pas nécessaire dès que le premier donataire a accepté; mais toutes les fois que l'acceptation est requise, la simple présence à l'acte n'en peut tenir lieu, parce que cette formalité ne s'accomplit point par équipolens. Signés, *Gilles de Lacase*, *Le Berthon*, *d'Albessard*, *Bigot*, *Jegun*, *Le Moncreau*, *Loyal*, *Dudon*, *du Vigier* & *de La Tresne*.

BESANÇON.

SUIVANT l'ancienne Jurisprudence observée en Franche-Comté, on croyoit qu'il n'étoit pas permis d'instituer ou de substituer contractuellement, *cum testamento non contractibus fiant heredum institutiones, substitutiones & fideicommissa* ; mais les derniers Arrêts y ont établi des principes contraires, fondés sur le texte même des Coutumes de la Province sur la faveur des mariages, & sur ce qui se pratique dans le Royaume.

Cela supposé, dès que le fidéicommis fait partie du contrat, soit que ce contrat renferme une donation ou une institution contractuelle, l'une & l'autre de ces dispositions deviennent irrévocables lorsqu'elles ont été acceptées, parce que l'irrévocabilité est de l'essence de l'acte dans lequel elles sont contenues.

Sans que l'on puisse dire que par la disposition du Droit, la prohibition d'aliéner, mise dans un contrat, ne peut être considérée par rapport à des tiers (*a*), puisque pour réfuter cette objection il n'y a qu'à réfléchir, que par l'ancien Droit la tradition étoit nécessaire pour la translation du domaine, ce qui n'est plus nécessaire par le Droit Romain depuis l'introduction des clauses de constitut & précaire, qui suppléent à la tradition réelle & effective, outre que le fidéicommis contractuel étant autorisé par une Loi

(a) *Non impeditur rei alienatio propter pactionem de non alienando cum personalis sit contractus non in rem datur actio, leg.* 135, §. *ea, leg.* 3, *de verb. oblig.* ce qui n'a pas lieu dans le cas que cette paction de *non alienando* soit autorisée par la Loi du Prince.

expresse du Souverain, ils emportent une défense d'aliéner aussi forte que si le fidéicommis étoit fait par testament.

L'on ajoute, à cette premiere observation, que dans les traités de mariage, les fidéicommis, qui sont faits en faveur de petits enfans, sont censés valablement acceptés par les conjoints qui sont parties capables pour stipuler ce qui concerne les avantages de leur postérité, & c'est peut-être, dans ce seul cas, que l'on pourroit faire une distinction entre les donations & les institutions contractuelles faites par contrat de mariage, & les donations faites par d'autres contrats.

Nota. Qu'on peut faire une donation universelle par contrat de mariage qui contienne fidéicommis.

Il y a une autre observation à faire sur la forme de l'acceptation du fidéicommis; car ou la substitution est purement gratuite, & la seule présence dans l'acte renferme une acceptation tacite de la part du substitué de ce qui y est contenu (*a*), si au contraire la substitution engageoit le substitué à des charges onéreuses, il faudroit, en ce cas, de sa part une acceptation formelle. Au surplus, ce que l'on dit sur l'art. III, à l'égard des roturiers, suffit pour répondre à la derniere partie de la question proposée en cet article.

Ainsi les Commissaires estiment que le fidéicommis contractuel n'est pas révocable lorsqu'il a été accepté, & que sur le point d'irrévocabilité on ne doit faire aucune distinction de celui qui est apposé à une donation, & de celui qui est apposé à une institution contratuelle, pourvu qu'il y ait une acceptation ou expresse ou tacite; & pour ce qui concerne l'acceptation & la maniere dont elle est censée faite, ils estiment que quand le fidéicommis est sans charge, la seule présence du substitué dans l'acte suffit pour induire une acceptation; mais que si le fidéicommis du substitué oblige à des charges onéreuses, il faut une acceptation formelle. Enfin ils sont d'avis que les conjoints peuvent accepter dans un traité de mariage pour leurs enfans & leur postérité, & qu'ils sont même toujours censés le faire; en sorte qu'en ce cas le fidéicommis est

(a) *In favorabilibus enim sufficit scientia & præsentia, ut quis dicatur acceptare adeo ut jus in eum dicamus translatum, eo ipso quod non contradicit si donatio est irrevocabilis. Cancerius, lib. 1, resol. cap. 8, n. 45 & suiv.* prouve que cette distinction est conforme aux principes du Droit, *omnes concludunt*, dit-il, *quod præsentia taciturnitas inducant tacitam donationis agnitionem.*

BESANÇON. toujours irrévocable en faveur des enfans. Fait & arrêté le 29 Août 1730. Signés, *Boisot*, *Espiard*, *Tinseau*, *Dorol*, & *Baquet* de *Courbouson*.

COLMAR. Il n'y a point de principe plus certain que celui qui exige le consentement de deux parties pour la résolution d'un contrat. Les conventions sont volontaires dans leur naissance, mais elles deviennent nécessitantes après leur perfection; ainsi le fidéicommis une fois établi par un contrat, ne peut plus être révoqué par le substituant que du consentement du premier substitué qui l'a accepté, & il n'y a pas de différence à faire à cet égard, entre le fidéicommis apposé à une donation & celui qui renferme une institution contractuelle, le donateur ne s'étant pas moins irrévocablement obligé qu celui que la fait par convention. Il y a cependant des cas qui rendant caduque la donation, font tomber également le fidéicommis; l'ingratitude, par exemple, résout toute sorte d'actes de cette nature.

Quant au doute proposé sur les nobles & les roturiers, bien que l'on pourroit dire que les substitués soient principalement favorisés pour le soutien de la noblesse illustre, nous ne pensons pas qu'il y aie de différence entre eux, lorsqu'il s'agit de la révocabilité d'un fidéicommis.

A l'égard du dernier doute, nous estimons que la présence du substitué n'est point équivalente à une acceptation formelle & expresse, si ce n'est en un contrat de mariage où l'accomplissement du mariage est une ratification & une acceptation suffisante, sans que les mariés s'en expliquent davantage.

Pour nous résumer, notre avis est qu'un fidéicommis contractuel, une fois accepté, n'est plus révocable que du consentement du premier substitué, soit qu'il soit établi par contrat ou par donation, soit entre personnes nobles ou roturieres, & nous pensons que la seule présence du substitué à l'acte n'a pas la force d'une acceptation de sa part, si ce n'est en contrat de mariage suivi de la célébration. Signés, de *Corberon*, *Holdt*, *Muller* & *Mulle*.

PREMIERE PARTIE,

DE LA QUATRIEME QUESTION.

Si le fidéicommis contractuel est révocable lorsqu'il a été accepté par le premier substitué.

CETTE portion de la Question quatrieme peut être réduite dans l'espece suivante :

Un pere marie son fils, lui donne une terre, substitue le fils aîné qui naîtra, & en cas qu'il meure sans enfans lui substitue un étranger qui n'accepte pas ; le fils décede sans avoir accepté, tant pour lui que pour ses enfans, le donateur peut-il révoquer la substitution, lorsque l'étranger n'a pas accepté, comme à l'égard des roturiers capables de substitution ?

On sait que la raison écrite ne permettoit pas qu'un citoyen Romain pût gêner les facultés qu'il avoit de disposer de ses biens par derniere volonté, & personne n'ignore la faveur immense qu'ils donnoient aux Testamens.

L'Empereur Leon commença à affoiblir cette liberté illimitée par sa Novelle 19 : il voulut que le pere, qui avoit promis à son fils, dans son contrat de mariage, de l'instituer son héritier par égales portions avec ses freres & sœurs, ne pût le réduire par sa derniere disposition à une moindre portion.

Les mœurs de nos anciens ont même porté les choses plus loin ; car soit que les institutions contractuelles trouvent leur fondement dans la Loi salique (selon M. *Cujas sur la Loi 26, ff. de verbor. oblig.*) *Coquille, sur l'art. 12, du titre des donations de la Coutume de Nivernois & Berenger Fernand*, soit que ces Auteurs se soient trompés en confondant les mariages à la morganatique avec les institutions contractuelles, toujours est-il certain que nous avons attaché à celle-ci tous les avantages qu'il a plu aux contractans d'y stipuler, *salvis bonis moribus.*

Il suit que le contrat de mariage forme une Loi constante dans la famille présente & à venir des futurs conjoints, que les conventions qui y sont insérées sont inviolables, & qu'on n'y peut déroger en privant, dans la suite, le descendant substitué d'un patrimoine qui doit lui appartenir dans l'ordre des successions prévu dans l'institution contractuelle.

DIJON.

Mais il est nécessaire que le fidéicommis contractuel soit formé au profit des descendans des futurs mariés ; car si on trouvoit, dans le contrat de mariage, quelque libéralité exercée en faveur des étrangers, même freres & sœurs des contractans, elle seroit révocable *usque ad extremum vitæ spiritum*, parce que ces autres personnes se trouvent mêlées incidamment dans le contrat de mariage, qu'ils ne doivent avoir aucune part aux prérogatives qui y sont attachées uniquement en faveur de ceux qui contractent mariage ; & qu'à l'égard de tous autres, ce ne peut être qu'une simple démission de biens sujette au changement de la volonté ; c'est pourquoi les Commissaires estiment, qu'un fidéicommis opposé, même à une institution contractuelle, en faveur d'un étranger qui n'a pas accepté, peut être révoquée par le donateur.

DEUXIEME PARTIE,

DE LA QUATRIEME QUESTION.

S'IL y a des distinctions à faire à cet égard entre le fidéicommis apposé à une donation, & celui qui est apposé à une institution contractuelle, soit entre nobles & roturiers ?

LA donation entre-vifs requiert une tradition réelle & effective, laquelle ne se peut faire par le donateur ou substitué, puisque la même chose ne peut être donnée actuellement à deux personnes *in integrum*, que le donateur la livre en entier à son donataire, & ne transmet au substitué qu'un droit certain, à la vérité, de l'avoir un jour, mais qui ne doit avoir lieu que dans un temps à venir.

Aussi *Ricard*, *traité des substit. part.* 3, *chap.* 4, *n.* 125, remarque-t-il que les fidéicommis se sont insensiblement introduits dans les donations entre-vifs par des motifs d'équité.

La donation entre-vifs est d'abord parfaite & irrévocable ; au lieu que si l'on considere le nom de l'institution contractuelle ; & à s'en tenir même à quelques-uns des effets qu'elle produit, il faudra convenir que ses nœuds ne sont pas si serrés, puisqu'elle permet que le donateur contractuel fasse dans la suite quelques legs modiques, sur-tout *pro remedio animæ suæ*, & qu'elle lui confie une administration ; une économie sage & prudente, & ne lui

lui interdit que les aliénations qu'il feroit en fraude par des voies indirectes & obliques.

Il faut donc conclure que le fidéicommis apposé dans une institution contractuelle est irrévocable, il doit à plus forte raison avoir le même avantage, lorsqu'il fait partie de la donation entre-vifs.

Ricard, dans l'endroit qu'on vient de citer adopte ce sentiment, n. 131, parce que, dit-il, pour ce qui concerne le donataire, ses héritiers & ses créanciers, qui sont ceux qui ont intérêt à combattre la donation, il suffit qu'elle soit accomplie à l'égard du premier donataire; car pour ce qui est du fidéicommissaire, il n'y a que le donataire qui soit intéressé de contester son droit; mais il ne feroit pas raisonnable de l'admettre à impugner son propre titre, de lui permettre d'en profiter en ce qui lui est avantageux, & de rejetter la charge de restitution qui y est apposée.

Peut-on décider uniformément à l'égard des nobles & des roturiers? Il semble, du premier coup d'œil, que la noblesse ait plus à cœur, & même un intérêt plus sensible, à transmettre ses biens aux héritiers de son nom, qui tomberoient dans l'avilissement sans ce soutien; mais aussi il se trouve des roturiers plus fortement attachés à la conservation de leurs biens dans leurs familles. Ils les regardent comme le fruit de leurs travaux & de leur industrie, ainsi il ne feroit pas juste de leur fermer les voies sûres & les moyens invariables de les transmettre à leurs descendans à venir; c'est pourquoi les Commissaires estiment qu'il n'y a aucune distinction à faire, soit entre les fidéicommis apposés à des institutions contractuelles, soit à ceux insérés dans les donations entre-vifs, & qu'il n'y échet de faire aucune différence entre les nobles & les roturiers capables de substitution.

TROISIEME PARTIE,

DE LA QUATRIEME QUESTION.

Quid *si le substitué a été seulement présent à l'acte sans aucune acceptation expresse & formelle de sa part?*

LE silence de celui qui assiste à un acte, semble équivaloir à son consentement; c'est la regle du Droit, *qui tacet consentire videtur.*

DIJON.

Cependant dans une ſtipulation qui dépend & prend ſa force de la volonté des contractans, il ſeroit extrêmément dangereux de la ſuppléer par des équivalens.

Ricard, traité des donations, part. 1, *chap.* 4, *ſect.* 1, rapporte un Arrêt du 30 Avril 1633 infirmatif d'une donation, parce que dans la minute il n'y avoit que le mot de *préſent*, encore que le donataire eût ſigné la minute. Il eſt vrai qu'il trouve cet arrêt un peu rigoureux, dans une matiere que nous ne regardons pas comme odieuſe, il convient néanmoins qu'il eſt régulier, attendu qu'on tient pour maxime au Palais qu'une donation eſt imparfaite, quoique le donataire ait actuellement ſigné le contrat de donation faite en ſa faveur, ſi le mot acceptant ne s'y trouve pas.

Il en faut dire autant du ſubſtitué par donation entre-vifs, lequel eſt encore moins favorable que le premier donataire.

M. Louet, lettre D, ſomm. 51, fait mention d'un arrêt qui a décidé que l'acceptation expreſſe n'eſt pas néceſſaire pour une donation faite dans un contrat de mariage en faveur des conjoints; mais *Brodeau* remarque judicieuſement que c'eſt une exception en faveur de la dot, *hæc exceptio firmat regulam in caſibus non exceptis*, qui ne vaut ſi ce n'eſt en contrat de mariage à l'égard des conjoints.

Par ces motifs les Commiſſaires eſtiment qu'il ne ſuffit pas que le ſubſtitué ſoit préſent à l'acte qui renferme la ſubſtitution faite en ſa faveur; mais qu'il eſt encore abſolument néceſſaire qu'il accepte la ſubſtitution exercée à ſon égard. Signés, de *Birbiſey*, de *La Marre*, *Bouhier*, *Mayrelet du Minot*, *Baſin*, *Fijan*, *Normand* puîné, *Quarré* & *Thiery*.

FLANDRES.

Le fidéicommis eſt révocable, encore qu'il ait été accepté par le premier ſubſtitué, lorſqu'il eſt appoſé à une inſtitution contractuelle.

L'irrévocabilité des inſtitutions contractuelles qui eſt établie par nos mœurs, contre la diſpoſition du Droit Romain, n'étant fondée que ſur la faveur du mariage, elle n'a lieu que pour l'utilité des perſonnes qui le contractent.

Les perſonnes tierces, au profit deſquelles le fidéicommis eſt appoſé à l'inſtitution contractuelle, n'ayant pas la même faveur, les choſes à leur égard reſtoient dans les principes des Loix, ſuivant leſquelles on ne peut donner un droit irrévocable à une ſucceſſion par un contrat. L'acceptation qu'en fait le ſubſtitué ne change

point la nature de la disposition, qui, quant à lui, n'est qu'à cause de mort.

FLANDRES.

Quant au fidéicommis contractuel apposé à une donation entre-vifs, nous croyons qu'à l'égard du substitué, quoiqu'il ait accepté, elle ne tient particuliérement que de la nature des donations à cause de mort, à moins que, par le terme de l'acte, il ne paroisse bien clairement que l'intention du donateur a été aussi de faire, au profit du substitué, une donation entre-vifs & irrévocable, auquel cas nous croyons qu'il faut une acceptation expresse du substitué, & que sa présence ne suffit pas.

Nous ne voyons point de raison de distinguer sur toutes les résolutions ci-dessus entre les nobles & les roturiers. Signés, *Polinchon*, *Pinault* de *Bannaux*, *Douche* de *Beaulieu*, *Visant* de *Ponange*, de *Burges*, *Bissehop*, *Curpin* de *Calonne*, *J. Vaymel*, *Duparq* & *Vernimen*.

GRENOBLE.

On n'a pas connoissance que la question se soit présentée à juger au Parlement de Grenoble; mais si elle se présentoit, il n'y a pas apparence que le donateur fût admis à révoquer le fidéicommis contractuel lorsqu'il auroit été accepté par le premier substitué, suivant les premiers principes du Droit, qui veulent que les contrats, une fois parfaits, ne puissent être révoqués par la volonté de l'un des contractans, & l'on ne feroit en ce cas aucune distinction entre le fidéicommis apposé à une donation & celui qui seroit apposé à une institution contractuelle, à moins que la donation ou l'institution contractuelle ne fussent attaqués par d'autres moyens légitimes.

La distinction entre les nobles & les roturiers, en ce point, n'est pas connue en Dauphiné.

Il y a apparence encore que l'on décideroit que le fidéicommis contractuel ne feroit pas révocable, quoique le substitué présent à l'acte n'y eût fait aucune acceptation expresse & formelle, puisque par la *Loi* 3, *cod. de donat. quæ sub modo*, & *Peregrin. de fideicom. art.* 1, *n.* 16, ces sortes de substitutions profitent à l'absent, sans aucune stipulation de leur part. Signés, *Grammont*, premier Président, *Lacroix*, de *Sayne*, de *Loyssin*, *Morel Montrivier*, & *Vidault*, Procureur Général.

METZ.

Lorsque le fidéicommis a été apposé à un contrat de mariage ou à une donation entre-vifs, & qu'il a étéaccepté par le premier

METZ.

ſubſtitué, il n'eſt plus révocable, cela a lieu indiſtinctement entre les nobles & les roturiers, la forme de la ſtipulation devant être la même pour les uns & les autres; mais ſi le ſubſtitué n'a point été partie au contrat, ſa ſeule préſence à l'acte n'opere aucune irrévocabilité à ſon égard. Signés, de *Montholon*, *Paire Pierre*, de *Lange*, *Bertrand Muſat*, *Le Goulon* de *Champel*, *Lançon* & *Bonneau*.

PAU.

Nous ne ſavons pas que cette queſtion ait été formellement décidée en ce Parlement; mais nous croyons que dès que le fidéicommis contractuel a été accepté par le premier ſubſtitué il eſt irrévocable, la donation eſt alors parfaite par l'acceptation, & devient un contrat ſynalagmatique qui ne peut être détruit que par le conſentement mutuel des contractans.

A l'égard des inſtitutions contractuelles, quoiqu'il ſemble d'abord qu'elles participent plus de la donation à cauſe de mort, que de la donation entre-vifs, parce qu'elles n'ont trait qu'à la mort, néanmoins comme nous les regardons comme irrévocables, ſoit entre nobles ou roturiers, lorſqu'elles ſont faites dans un contrat de mariage, nous croyons que le fidéicommis qui y eſt appoſé eſt irrévocable lorſqu'il a été accepté par le premier ſubſtitué; nous croyons même que le défaut d'acceptation ne rend pas le fidéicommis révocable lorſqu'il eſt fait en faveur des enfans qui naîtront du mariage, dans le contrat duquel l'inſtitution contractuelle eſt faite & le fidéicommis appoſé, parce que dans ce cas l'acceptation du premier ſubſtitué eſt impoſſible, & que d'ailleurs les contractans ſont cenſés accepter pour les enfans qui naîtront de leur mariage.

Nous croyons auſſi que la préſence du ſubſtitué ne peut pas équivaloir à une acceptation, elle doit être expreſſe & formelle de ſa part, ſans quoi le contrat n'eſt pas parfait à ſon égard. Signés, de *Gaubert*, *Caſſan*, *Mignon*, *Deodat*, *Deſclaux*, *Meſplex*, *Bordenaue*, *Dejean*, *Leſans*, *Bonecarere*, *Caſenave* & de *Caſeaux*.

PAU.
M. DE GAUBERT, premier Préſident.

Marie Ricard, dit que le fidéicommis contractuel étant une ſubſtitution conventionnelle, laquelle eſt valable quoique le ſubſtitué ne ſoit préſent & acceptant dans l'acte, la ſubſtitution n'étant qu'une condition de la donation principale, pourvu que la donation ſoit parfaite entre le donateur & le donataire, ce dernier ne peut s'empêcher de reſtituer le fiéicommis dont il s'eſt librement & volontairement chargé, étant de principe conforme au Droit

Romain, *leg. si quis argentum* 35, *cod. de donationib.* §. *sed si quidem* 3, *in fin.* que quoique les donations entre-vifs ne ſoient accompagnées de tradition ni même de ſtipulation, elles ſont valables, & doivent être exécutées nonſeulement entre le donateur & le donataire, mais auſſi entre les héritiers. §. *res quæ donata in omnibus ſupra dictis caſibus non ſolum eos vel dum ſuperſunt, ſed etiam eorum ſucceſſores reddere compelli, non tantum iis in quos donatio facta eſt, ſed etiam eorum heredibus.* Godefroy ajoute ſur ladite Loi *donationes tranſeunt ad heredes activè & paſſivè.* D'où il s'enſuit que le fidéicommis contractuel eſt irrévocable entre le donateur & le donataire regardé comme le premier inſtitué, l'acte étant parfait; à plus forte raiſon lorſque le premier inſtitué a accepté le fidéicommis contractuel, à moins qu'avant l'acceptation du premier ſubſtitué le donateur & le donataire n'euſſent de concert annullé l'acte paſſé entre eux.

Le fidéicommis appoſé à une donation étant un acte entre-vifs, de même que celui qui eſt appoſé à une inſtitution contractuelle, il ſemble qu'il n'y a nulle diſtinction à faire étant l'un & l'autre irrévocables.

Le même *Ricard* fait une préciſion, que le fidéicommis fait dans un acte de donation entre-vifs non accepté par le ſubſtitué eſt révocable par le donateur, pourvu que le ſubſtitué ſoit une perſonne indifférente au donateur, & que les choſes ſoient en leur entier; d'où l'on doit conclure que lorſque le fidéicommis a été accepté par le premier ſubſtitué il n'eſt plus révocable.

Lapeyrere atteſte, qu'au Parlement de Bordeaux l'on ne reçoit point les inſtitutions dans un contrat de mariage qu'entre nobles ſeulement, & non entre roturiers.

Au Parlement de Navarre nous recevons les inſtitutions contractuelles, indifféremment entre les nobles & les roturiers.

Nous croyons que le fidéicommis contractuel n'eſt point révocable, lorſqu'il a été accepté par le premier ſubſtitué, & qu'il n'y a nulle diſtinction à faire à cet égard entre le fidéicommis compris dans une donation & celui appoſé à une inſtitution contractuelle, ſoit même entre nobles ou roturiers.

Il ne ſemble point que la ſeule préſence du ſubſtitué puiſſe équivaloir à l'acceptation. Quoique l'acte entre-vifs entre le donateur & le donataire, & entre l'inſtituant & l'héritier contractuel chargé de rendre ſoit de ſa nature irrévocable, ils peuvent révoquer, de bon concert, au préjudice du ſubſtitué qui ne l'a point accepté.

PAU.

La seule présence du substitué à l'acte ne le rend pas partie contractante, les autres parties de l'acte n'étant point liées au substitué, ils ont pu révoquer à son préjudice par le concours de leurs volontés.

ROUSSILLON.

QUOIQUE on ait fait autrefois une grande difficulté à décider si le fidéicommis pouvoit être fait par un contrat entre-vifs, & qu'on aie envisagé plusieurs obstacles qui sembloient devoir faire rejetter ces sortes de substitutions de ces contrats ; cependant aujourd'hui la Jurisprudence est constante, qu'on peut faire dans une donation entre-vifs une substitution fidéicommissaire.

Ces sortes de dispositions contiennent deux donations.

La premiere, en faveur du premier donataire, & la deuxieme, en faveur du substitué. Par rapport au premier, la donation est pure, & par rapport au substitué elle est conditionnelle. A l'égard du premier donataire le fidéicommis est une charge à laquelle le donateur l'a assujetti en faveur du substitué ; & par rapport à celui-ci le fidéicommis est une seconde donation. Dès que le premier donataire a accepté la donation avec les charges que le donateur y a apposées, il doit nécessairement y obéir, & il ne feroit pas raisonnable s'il vouloit combattre son titre ; & dès qu'il reconnoît la disposition du donateur en ce qu'elle lui est profitable, il doit aussi être contraint à exécuter le fidéicommis dont il a été chargé : par rapport au donateur & au substitué, la disposition reçoit sa perfection par le consentement mutuel des parties, & elle est consommée dès que le donateur a fait la disposition, & que le substitué l'a acceptée & devient par-là irrévocable.

On ne peut pas distinguer en Roussillon entre le fidéicommis fait dans une donation & celui qui est apposé à une institution contractuelle, d'autant que, suivant la Jurisprudence des Arrêts du Conseil, les institutions contractuelles n'y sont pas reçues, pas même dans les avantages que les peres font à leurs enfans dans les pactes de leur mariage ; & lorsque les contestations sur ces dispositions ont été portées à ce Tribunal, il les a entiérement cassées & déclarées nulles, & cela indistinctement sans faire différense des nobles aux roturiers, parce que les motifs de ces décisions étant généraux, ils comprennent toute sorte de personnes de quelque qualité qu'elles soient.

Ainsi il est certain que le Conseil souverain de Roussillon déclareroit que le fidéicommis contractuel n'est pas révocable lorsqu'il

a été accepté par le premier ſubſtitué, & ce ſans faire aucune diſtinction.

ROUSSILLON.

La queſtion de la maniere qu'elle eſt conçue n'a jamais été donnée à juger, & il n'eſt pas probable qu'elle le ſoit à l'avenir, parce que, dans le Rouſſillon, pour la perfection des donations entre-vifs, l'acceptation du donataire n'eſt pas abſolument néceſſaire, celle que fait le Notaire, qui retient l'acte pour tous ceux qui y ont intérêt, eſt ſuffiſante, ſuivant la diſpoſition du Droit municipal de la Province, qui a déja été cité, dans les réponſes du Conſeil, aux queſtions concernant la matiere des donations.

Le Conſeil eſtimeroit même, que ſi le ſubſtitué étoit préſent à l'acte de donation, quoiqu'il n'y eût de ſa part aucune acceptation expreſſe & formelle, cependant la donation ou ſubſtitution fidéicommiſſaire ſeroit valable & devroit ſe ſoutenir.

Le Conſeil fonderoit ſon ſentiment ſur ce que, ſuivant la diſpoſition du Droit rapportée par nos Auteurs, un donataire, préſent à un acte de donation à lui faite, quoiqu'il n'accepte pas formellement, & qu'il ſoit taiſant, eſt préſumé accepter d'autant qu'il s'agit de ſon avantage & de ſon utilité.

D'ailleurs il eſt fondé en Droit, que l'acceptation peut être faite par un acte équipollent. Sur ces motifs le Conſeil ne feroit pas difficulté de prendre la préſence du donataire ou du ſubſtitué pour une acceptation, & quoique tacite elle lui donneroit la même force que l'expreſſe.

Il ne croiroit pas être tenu de ſe conformer aux Coutumes du Royaume & aux Ordonnances, qui exigent de la part des donataires une acceptation expreſſe & formelle, d'autant que ces Ordonnances n'ont jamais été envoyées en Rouſſillon pour y être enrégiſtrées & exécutées, & qu'à cet égard on y a toujours ſuivi les maximes du Droit municipal ou canonique, & à leur défaut celles du Droit Romain, qui fait en partie regle pour ces Provinces. Signés, *Deponte d'Albaret*, *Dupont*, de *Villars*, *Collarés*, *Bonnet* de *Romanya*, *Giſpert* de *Fulla*, *Regnés*, *Deſprès*, *Bonnet* & *Sans*.

TOULOUSE.

L'USAGE du Parlement de Toulouſe eſt de donner, aux inſtitutions & ſubſtitutions faites dans un contrat de mariage, le même caractere de faveur & d'irrévocabilité qu'aux donations; & il ne paroît point qu'on doive admettre ſur ce point de diſtinctions entre les perſonnes nobles & roturieres, parce que la même faveur du

TOULOUSE.

mariage ſubſiſte. Hors le cas du mariage, les promeſſes d'inſtituer héritier, ou l'inſtitution d'héritier ne ſont pas irrévocables.

La même faveur du mariage, & l'intérêt des enfans à naître, fait que le fidéicommis contractuel appoſé à une donation, & celui qui eſt appoſé à une inſtitution contractuelle faite dans un contrat de mariage eſt irrévocable, & que l'acceptation faite, par le premier donataire, ſuffit & tient lieu d'acceptation pour tous ceux auxquels il eſt obligé de rendre (*a*).

Il eſt encore établi, dans l'Uſage du Parlement de Toulouſe, que l'acceptation faite par les peres, dans les donations faites à leurs enfans abſens, eſt valable, parce qu'étant leur adminiſtrateur légitime, il peut valablement accepter pour eux.

Hors ces cas, l'acceptation faite par le premier donataire ne rend pas la donation irrévocable à l'égard des ſubſtitués qui n'ont point accepté, & auxquels par conſéquent le droit n'a pas été acquis; de ſorte qu'il dépend du donateur de révoquer le fidéicommis appoſé dans la donation, & de décharger & affranchir le donataire de cette condition onéreuſe que le donateur avoit impoſée à la donation (*b*).

Mais il ne dépend pas du donataire de s'en affranchir, lorſque le donateur n'a point révoqué le fidéicommis; il eſt juſte, au contraire, que le donataire ſoit tenu, dans ce cas, d'exécuter la condition que le donateur a impoſée à la donation (*c*).

La ſeule préſence, du ſubſtitué à l'acte contenant la donation, tient lieu d'acceptation, ſans qu'il ſoit beſoin d'aucune acceptation expreſſe & formelle de ſa part.

Comme la donation eſt à titre lucratif & un contrat fait en faveur des donataires, l'on préſume que ceux qui ont été préſens & qui ſont appellés pour en recueillir le fruit, ont voulu l'accepter. L'on n'eſtime point qu'il y ait rien à changer à l'Uſage du Parlement de Toulouſe, parce qu'il eſt fondé ſur des raiſons ſolides & ſur des maximes conſtantes du Droit Romain. Signés, *le Préſident Daſpe*, *Comere* de *Labaſtide*, *Pegueyroles*, *Baſtard*, *de Catellan*, *Lamaſquere*, *Azemar*, *Caſſand*, *Aymar*, *Cauſſade*, de *Celés*, *Paraſa*, *Daſpe* de *Meilhan*, & *Le Mazuyer*, Procureur Général.

(*a*) M. Maynard, liv. 4, chap. 7, & liv. 6, chap. 69; M. Dolive, liv. 3, chap. 30, *in annot.*

(*b*) Ferrieres, ſur la queſtion 222 de Guy Pape.

(*c*) Ferrieres, *ibid.*

CETTE

PARIS.
M. le Procureur Général.

CETTE question, de la maniere dont elle est proposée, paroît en renfermer quatre subordonnées.

Celle de l'institution contractuelle.

Celle de la donation entre-vifs.

L'acceptation tacite par la présence.

La distinction des nobles & des roturiers.

On a cru, d'abord, qu'on devoit écarter la derniere difficulté, presque toutes les Cours croient qu'on ne doit faire aucune distinction, & dès qu'on décidera que toutes sortes de personnes peuvent substituer, il seroit difficile d'établir des principes différens sur les substitutions portées par des donations entre-vifs, ou des institutions contractuelles par rapport à la condition différente des donateurs.

On a agité ensuite l'usage particulier du Parlement de Bordeaux, qui juge qu'il n'y a que les institutions contractuelles entre nobles qui soient irrévocables, & l'on s'est réuni à penser que cet usage particulier devoit céder à l'usage uniforme de tout le reste du Royaume.

On a pensé différemment de l'usage de Roussillon, qui réprouve nos institutions contractuelles de quelque nature qu'elles puissent être : on a cru, unanimement, qu'il ne convenoit point de rien dire sur cet usage qui n'est point l'objet de la question proposée, & qu'il pourroit peut-être être dangereux d'abolir.

Après ces premieres questions, qui ne forment pas l'objet principal de la question proposée, on est entré dans la question, & on a observé d'abord, que de la maniere dont la question générale est proposée, elle sembleroit supposer que dans le cas que le premier substitué n'eût pas accepté la donation faite aux substitués elle seroit révocable.

Mais l'art. XI, de l'Ordonnance sur les donations, s'opposeroit à cette décision. Cet article dit expressément, que la seule acceptation du donataire rend la donation ou la substitution valable par rapport aux substitués ; c'est juger que cette acceptation équipolle à l'acceptation qui seroit faite par les substitués même. Or une donation valablement acceptée par les donataires est irrévocable ; il paroît donc évident qu'une donation à la charge de substitution acceptée par le donataire est irrévocable même par rapport aux substitués.

Il ne paroît pas qu'on puisse faire de différence entre la donation entre-vifs & l'institution contractuelle. L'institution contractuelle n'est pas moins irrévocable par sa nature que les donations

PARIS.

entre-vifs ; elle porte même une faveur plus grande pour l'irrévocabilité que les ſimples donations entre-vifs, du moins après le mariage contracté, par la faveur des mariages qu'elles ont pour objet.

Il eſt vrai que la faveur du mariage tombant ſur les contractans & ſur les enfans à naître, on pourroit dire que les inſtitutions contractuelles, chargées de ſubſtitution en faveur de tierces perſonnes, n'auroient pas la même faveur. Mais ſi l'on décide pour l'irrévocabilité des ſubſtitutions portées par donation entre-vifs au profit de perſonnes étrangeres acceptées par le ſeul donataire, le même principe doit faire décider pour l'irrévocabilité des ſubſtitutions faites au profit des perſonnes étrangeres par des inſtitutions contractuelles par de contrats de mariage. L'acceptation expreſſe, ou l'acceptation tacite par la préſence, ſemble devenir une queſtion inutile depuis que l'acceptation expreſſe eſt jugée néceſſaire par l'art. VI de l'Ordonnance des donations ; on pourroit l'agiter uniquement dans le cas de l'inſtitution contractuelle par contrat de mariage, & peut-être ſeroit-il difficile de ne pas juger la préſence du futur ſuffiſante pour en induire l'acceptation quand le mariage a été conſommé, parce que c'eſt l'acceptation la plus formelle.

Mais ſi la ſubſtitution eſt irrévocable par ſa nature, quand la donation qui en eſt chargée eſt acceptée par le donataire, ne pourra-t-elle point être ſujette à révocation du conſentement du donateur & du donataire, la lettre de l'art. XI, de l'Ordonnance des donations, ſemble être d'abord pour l'irrévocabilité, puiſque l'acceptation du donataire ſuffit pour la validité même par rapport aux ſubſtitués.

Mais d'un autre côté, l'eſprit de la Loi ne paroît pas détruire le principe de la révocabilité du conſentement du donateur & du donataire. On ne peut douter que toute ſorte d'actes, toute ſorte d'engagemens ne puiſſent ſe réſoudre par la même voie par laquelle elles ont été contractées : une donation pure & ſimple & ſans charge, quoique acceptée, peut s'anéantir par le conſentement réciproque du donataire & du donateur, celle qui ſera chargée de ſubſtitution, & qui n'a été acceptée que par le donataire, aura-t-elle plus de force que celle qui eſt pure & ſimple, ſi le donataire peut s'en diſpenſer pour lui-même ? Si la donation en ce cas ne ſubſiſte plus par rapport au donataire, peut-elle avoir effet par rapport aux ſubſtitués qui n'ont qu'un droit acceſſoire à la

donation principale faite au donataire ? l'acceptation du donataire lui acquierra le droit d'irrévocabilité par rapport à lui, cependant son consentement détruit l'engagement en ce qui le regarde. L'acceptation faite par le donataire, qui influe sur les substitués, n'a pas plus de force pour eux qu'elle en a pour le donataire même; & si le donataire n'est plus donataire par son désistement, le consentement qu'il avoit donné à l'acte, tant par rapport à lui que par rapport aux substitués, tombe également par rapport à tous.

La difficulté qui pourroit rester seroit de savoir, si le donataire, qui acceptant pour lui est jugé accepter pour les substitués, peut, de concert avec le donateur, se faire décharger de la substitution en conservant la donation; & quoiqu'on puisse dire d'abord que son acceptation est indivisible, étant faite par un même acte, cet acte même ne renfermant que tacitement l'acceptation des substitués, il faut que l'acte subsiste en entier ou soit détruit dans son entier.

Il semble cependant que le donateur, dans un seul acte, ayant contracté en effet deux engagemens, le donataire par la seule acceptation les ayant ratifiés l'un & l'autre, rien n'empêche que le donateur & le donataire, en conservant l'un ne détruise l'autre par la même voie par laquelle il a été contracté. Le donateur étoit le maître de donner sans charge la donation, & la charge ayant été acceptée, on ne peut refuser au donateur & au donataire la faculté de rendre la donation pure & simple, la substitution même n'est réellement qu'une condition de la donation; c'est par ce principe qu'on juge l'acceptation seule du donataire profitable aux substitués, parce que le donataire ne peut jouir de l'effet de la donation sans être tenu de la charge qui lui a été imposée; mais cette condition peut être levée par la volonté du donateur & du donataire qui a formé la condition; & puisque les substitués n'ont de droit que par l'acceptation faite pour eux par le donataire, rien ne s'oppose que le donataire & le donateur ne révoquent cette partie de l'acceptation.

Ces raisons ont été infiniment balancées par d'autres raisons contraires, on a fait valoir le principe de l'irrévocabilité des donations entre-vifs dès qu'elles ont été acceptées, la décision de l'art. XI, de l'Ordonnance des donations, qui juge l'acceptation du donataire suffisante pour acquérir un droit aux substitués; d'où l'on a conclu que la substitution ayant reçu sa perfection par l'acceptation du donataire par rapport aux substitués, ne pouvoit plus

PARIS.

être révoquée sans leur consentement. On a ajouté ce principe si inviolable dans le droit naturel & civil, qu'aucunes personnes, par aucun acte, ne pouvoient détruire par leur seul fait le droit d'un tiers. On a cru devoir décider, par ce principe, qu'il n'étoit point au pouvoir du donateur & du donataire, d'ôter aux substitués un droit qui leur étoit acquis par l'acceptation de la donation, & ont fortifié cet avis par les fraudes que l'avis contraire pourroit autoriser, parce qu'on ne verroit que trop souvent, des enfans ou d'autres donataires chargés de la substitution, abuser de la foiblesse d'un pere ou d'un autre, pour rendre libre dans leur personne un don que le donateur en pleine santé & avec une volonté délibérée auroit voulu charger de substitution.

Quelques-uns même ont été jusqu'à penser, que ces motifs étoient suffisans pour décider que nonseulement le donateur & le donataire n'étoient pas les maîtres de détruire le fidéicommis en conservant la donation, mais qu'ils ne pouvoient pas même y donner atteinte en révoquant en entier la donation, parce que indépendamment des raisons de l'irrévocabilité, ce seroit un moyen évident de fraude, & que les parties en révoquant la donation ne manqueroient pas d'en faire ensuite une nouvelle libre de substitution, & ceux qui ont été de ce sentiment ont cru, qu'en cas de révocation de la donation chargée de substitution fidéicommissaire du consentement du donateur & du donataire, la substitution ne seroit pas moins subsistante, & donneroit un droit aux substitués pour entrer dans la propriété des biens donnés au moment que le donataire auroit dû y entrer s'il n'y avoit point eu de fidéicommis, ce qui est réellement transformer la substitution fidéicommissaire en ce cas en substitution vulgaire.

On a aussi, d'un autre côté, combattu toutes ces raisons, toujours par le principe que les actes se détruisent par la même voie par laquelle ils ont été formés, par le principe que le fidéicommis n'est qu'une condition de la donation dont le donateur & le donataire sont les maîtres, malgré l'acceptation qui est regardée comme suffisante uniquement pour la validité de la donation & par rapport à la formalité, mais non pour rendre irrévocable ce qui ne peut jamais l'être, quand les deux parties qui ont contracté l'engagement y donnent leur consentement, que cela est d'autant plus nécessaire à décider, qu'on ne doit pas envier à un pere de famille, qui voit l'état de sa famille changer, la consolation de pouvoir changer aussi une disposition, qui ne tire sa force que de l'engagement

de deux personnes qui sont par conséquent les maîtres de leurs engagemens. On ajoute qu'en décidant que le donateur & le donataire peuvent révoquer une donation sans charge, quoique le donateur l'ait acceptée pour lui-même, c'est décider qu'il le peut par une donation, à la charge de substitution, au préjudice des substitués, quoique le seul donataire aussi l'ait acceptée pour les substitués; & on s'est vu aussi d'autant mieux fondé à accepter cet avis, qu'il semble que la question de la maniere qu'elle est proposée, suppose que le fidéicommis peut être révoqué dans le cas que le donataire seul a accepté, quoiqu'on ne propose la question que dans le seul cas de l'acceptation du premier substitué.

PARIS.

Ces différentes raisons ont tellement partagé les suffrages, qu'il y a six avis à décider, que le fidéicommis entre-vifs accepté par le donateur & le donataire seuls, pouvoit être révoqué du consentement réciproque du donateur & du donataire, nonseulement par la révocation même de la donation au profit du donataire qui faisoit tomber le fidéicommis, mais même en conservant la donation, & en révoquant seulement la charge du fidéicommis du commun consentement du donateur & du donataire, au moyen de quoi la donation devenoit libre à la charge du fidéicommis.

Il y a eu huit avis, au contraire, à décider que le fidéicommis, par donation entre-vifs, accepté par le donateur & le donataire, n'étoit point révocable du consentement du donateur & du donataire.

Mais dans le cas de ce dernier avis, on a agité la question subordonnée, qui est de savoir si cette décision seroit bornée au seul cas dans lequel le donateur & le donataire ne révoquoient que le fidéicommis sans révoquer la donation, & les avis se sont trouvés entiérement partagés sept contre sept.

Les uns pour décider que le consentement du donateur & du donataire, pour révoquer l'intégrité de la donation révoquoit le fidéicommis.

Les autres pour dire que dans le cas de la révocation entiere de la donation, le fidéicommis ne laissoit pas de subsister; ensorte que les substitués étoient en droit d'entrer dans la propriété des choses substituées, au même moment dans lequel le donataire y seroit entré si la donation eût subsisté.

Mais tous les suffrages se sont réunis pour décider par rapport aux institutions contractuelles, qu'étant faites en faveur de mariage, elles n'étoient pas révocables même du consentement de l'instituant & de l'institué.

PARIS.

En effet, si l'institution contractuelle est irrévocable après la consommation du mariage, comment le consentement du donataire pourroit-il la révoquer au préjudice de la femme ou des enfans & des descendans, soit substitués ou non? & puisque pendant la vie du donataire on ne peut jamais être assuré que du moins les enfans nés ou à naître ne puissent avoir intérêt à l'irrévocabilité, il ne semble donc pas possible d'autoriser la révocation même du consentement du donataire.

On dira, à la vérité, que le donateur & le donataire pourroient consentir la révocation pour le seul cas qu'il n'y eût point d'enfans & que la femme n'en souffrît aucun préjudice; mais ce cas si rare mérite-t-il d'être prévu, & ne convient-il pas mieux de faire une Loi générale de l'irrévocabilité dans ce cas?

Enfin, si l'on décide ainsi pour les institutions contractuelles, il ne me semble pas qu'on puisse décider autrement pour les donations entre-vifs par contrat de mariage qui ont la même faveur, & pour la femme qui contracte sur la foi de la donation, & pour les enfans qui naissent du mariage.

Toutes ces réflexions ne paroissent pas tendre directement à la question proposée, qui suppose ou l'acceptation ou la présence du premier substitué, mais qu'il a paru cependant nécessaire de traiter auparavant, après quoi il est facile de décider la question proposée.

En effet, si l'acceptation du donataire suffit pour la validité de la substitution, l'acceptation ou la présence du premier substitué n'ajoutant rien, ne pourra aussi diminuer le droit général d'irrévocabilité attaché à l'acceptation du donataire.

Mais aussi si le donataire & le donateur peuvent de concert détruire, soit la donation en elle-même, soit la charge de la donation en faveur des substitués, la présence ou l'acceptation du premier substitué seront-elles un obstacle? On ne peut croire que la présence pût suffire. L'art. VI, de l'Ordonnance des donations, exige une acceptation expresse: de la présence seule on ne peut en induire une acceptation, il ne reste, en ce cas, que l'acceptation du donataire qu'il peut détruire en s'en désistant.

Mais si le substitué a accepté, alors il ne tire plus son droit uniquement de l'acceptation du donataire, il le tire de sa propre acceptation. Le donataire ne peut plus se décharger de la substitution acceptée par le premier substitué, s'il veut répudier pour lui, alors le substitué pourra entrer en possession des biens donnés, ce sera à son égard une substitution vulgaire, pour ainsi dire, où

le désistement du donataire acquerra au substitué le même droit que si le donataire étoit décédé.

Ces réflexions conduisent à décider la même chose pour les institutions contractuelles ; & si on décide qu'elles sont irrévocables, même du consentement de l'institué, à plus forte raison si le substitué a accepté.

On pourroit encore aller plus loin, & agiter la question du consentement donné à la révocation, tant de la part des donateurs & donataires, que de la part du premier substitué qui auroit accepté, & de degré en degré on iroit jusqu'au second & troisieme substitué, même jusques aux substitués dans des degrés ultérieurs par rapport aux Provinces où les substitutions se portent au delà du second degré ; on croit que ces questions peuvent se décider toujours par les mêmes principes dans le sentiment de ceux qui tiennent pour la révocabilité. L'acceptation du premier substitué n'empêchera pas la révocation de son consentement ou de celui du donateur & du donataire, par rapport aux substitués dans des degrés ultérieurs ; au lieu que dans le sentiment de ceux qui tiennent pour l'irrévocabilité, l'acceptation du substitué n'y ajoutant rien, son consentement ne peut aussi opérer la révocabilité.

Ainsi on a estimé, »que le fidéicommis contractuel apposé à une »donation par contrat de mariage, ou en faveur de mariage, ou »à une institution contractuelle, n'étoit révocable en aucun cas, »quand bien même elle n'auroit été acceptée par le premier substi»tué, ou qu'il n'auroit pas été présent à l'acte, & ce tant entre »nobles que roturiers.

A l'égard du fidéicommis contractuel apposé dans une donation hors contrat de mariage accepté par le donataire il y a eu deux avis.

»L'un pour décider que du consentement du donateur & du »donataire le fidéicommis pourroit être révoqué, même en laissant »subsister la donation, & ce quand bien même le premier substi»tué y auroit été présent pourvu qu'il n'ait point accepté la dona»tion, auquel cas le fidéicommis ne pouvoit être révoqué, à »moins que ce ne fût de son consentement, ce qui devoit avoir »lieu de même par rapport à tous les appellés à la substitution, & »ce tant entre nobles que roturiers.

L'autre avis qui a prévalu a été, pour décider en général, »que le fidéicommis contractuel, par donation entre-vifs, hors »contrat de mariage, accepté par le donataire, ne pouvoit être »révoqué même du conseniement du donateur & du donataire,

PARIS.

»& ce quand bien même le premier ou autre appellé au fidéicom-»mis n'eussent ni accepté la donation, ni été présent à l'acte, & ce »tant entre nobles que roturiers.

Et cependant dans la supposition qu'on décidât pour cet avis, on a été partagé entre deux autres avis subordonnés, l'un de l'irrévocabilité, dans le cas seulement que le donateur & le donataire n'auroit révoqué que le fidéicommis sans révoquer la donation; l'autre pour décider que l'irrévocabilité aura lieu même dans le cas que le donateur & le donataire auroient révoqué la donation.

CINQUIEME QUESTION.

Si celui qui a fait une Substitution par un Acte entre-vifs, peut en changer les clauses par un Acte postérieur.

AIX. M. LE BRET.

DE même qu'une donation parfaite ne peut être altérée, & ses dispositions en être changées par le donateur, l'on a cru qu'une substitution contenue dans un acte entre-vifs, & qui est devenue parfaite par l'acceptation, ne pouvoit plus souffrir aucun changement par de nouvelles clauses.

L'on tient qu'on ne peut changer les clauses d'un acte entre-vifs portant substitution, à moins que toutes choses ne fussent absolument en leur entier.

M DECORMIS, Avocat.

CELUI qui a fait une substitution par un acte entre-vifs ne peut pas en changer les clauses par un acte postérieur, si ce n'est que tout soit demeuré en entier, & que le substitué n'ait rien témoigné de son acceptation & future appréhension.

BORDEAUX.

TOUTES les fois qu'une substitution faite par un acte entre-vifs aura acquis la force d'un contrat synalagmatique, il est incontestable qu'il ne dépendra pas de celui qui l'a fait d'en changer les clauses par un acte postérieur. Signés, *Gilles de Lacase, Le Berthon, d'Albessard, Bigot, Jegun, Le Moncreau, Loyal, Dudon, du Viguier & de La Tresne.*

Quant à la sixieme question, savoir : *si un donateur peut grever de substitution les biens qu'il a précédemment donnés sans aucune charge, soit qu'il se soit réservé ce pouvoir dans la donation, soit qu'il ne se le soit pas réservé, & supposé qu'il le puisse, dans quel cas & en faveur de quelles personnes & sous quelles conditions peut il user de ce pouvoir ?* On suit en Franche-Comté la disposition du Droit, qui a établi que lorsqu'une donation étoit faite on ne pouvoit plus la révoquer, à moins que ce ne fût du consentement de toutes les parties intéressées (*a*). On y juge que quand la substitution a été acceptée dans un acte entre-vifs, on ne peut plus en changer les clauses en ce qui concerne les personnes dénommées dans l'acte, & qui ont accepté, de même qu'à l'égard de leurs enfans; car à l'égard des tiers qui n'ont pas accepté, comme l'engagement n'est pas réciproque, on peut en revenir & changer la disposition.

BESANÇON. Sur la cinquieme & sixieme question.

Par une suite de ces principes, un donateur ne peut pas grever de substitution les biens qu'il a précédemment donnés sans aucune charge, à moins qu'il ne s'en soit réservé le pouvoir dans l'acte; car dès que cette réserve est faite, le changement qui se fait en conséquence, n'étant pas contraire à l'acte, doit être soutenu, & le donateur, en ce cas, ne fait qu'user de son droit.

Mais pour expliquer ce qu'on vient de dire, que l'on peut, du consentement des parties intéressées, changer par un acte postérieur les clauses d'une donation faite dans un acte entre-vifs, cela doit s'entendre dans le cas où le consentement n'intéresseroit pas des tiers; comme si un donataire, obéré pour frustrer ses créanciers, consentoit que le donateur substituât les biens précédemment donnés sans charge, ou qu'il y apposât des charges plus onéreuses, en ce cas la fraude seroit plus manifeste, & les créanciers seroient en droit de faire déclarer nul un pareil changement; ainsi les Commissaires estiment, que lorsque la substitution a été acceptée dans un acte entre-vifs, on ne peut plus en changer les clauses en ce qui concerne les personnes qui ont accepté & leurs enfans, à moins que ce ne soit de leur consentement, qui soit donné sans fraude & de maniere qu'il ne préjudicie pas à leurs créanciers s'ils en ont; mais qu'à l'égard des tiers qui n'ont pas accepté, celui qui a fait la substitution peut en changer les clauses; & enfin que le donateur ne peut pas grever de substitution, même

(a) *Perfecta donatio conditionem non capit. leg. perfecta in cod. de donat.*

BESANÇON. en faveur de ses enfans, les biens qu'il a précédemment donnés, s'il ne s'en est pas réservé le pouvoir dans l'acte de donation. *Fait & arrêté le 29 Août 1730.* Signés, *Boisot*, *Espiard*, *Tinseau*, *Dorol* & *Boquet de Courbouson.*

COLMAR. CETTE question se décide par les mêmes principes que la précédente, l'acte entre-vifs étant devenu obligatoire, on ne peut changer les clauses de la substitution, par un acte postérieur, sans le consentement de celui au profit duquel est faite la substitution. Signés, de *Corbeson*, *Holdt*, *Muller* & *Mulle.*

DIJON. IL est des maximes les plus certaines, qu'un acte entre-vifs étant parfait, il n'est plus au pouvoir du donateur d'imposer ni charge ni condition au donataire; c'est un acte réciproquement obligatoire qui ne peut plus souffrir d'altération, si ce n'est par les mêmes voies qui lui ont donné naissance, c'est-à-dire par le concours unanime de la volonté du donateur & du donataire, soit en premier, soit en second ordre. La Loi 4, *cod. de donationib. quæ sub modo*, y est formelle, *perfecta donatio conditiones postea non capit.*

C'est pourquoi les Commissaires estiment, qu'une substitution apposée à une donation entre-vifs est irrévocable entre ceux qui l'ont acceptée dans toutes les clauses & conditions qu'elle contient. Signés, de *Birbisey*, de *La Marre*, *Bouhier*, *Mairelet*, *de Minot*, *Basin*, de *Fijan*, *Normand* puîné, *Thiery* & *Quarré.*

FLANDRES. NOUS avons dit, sur la question précédente, que la substitution apposée à une donation entre-vifs n'a que l'effet d'une donation à cause de mort, à moins qu'il ne paroisse clairement que l'intention du donateur a été de faire, au profit du substitué, une donation entre-vifs, dans ce dernier cas nous croyons que celui qui a fait une pareille substitution, par un acte entre-vifs, ne peut en changer les clauses par un acte postérieur, parce que la donation parfaite ne reçoit ni condition ni charge, & que les biens donnés ne sont plus au pouvoir du donateur.

Mais lorsque la substitution est simplement apposée à un acte entre-vifs, celui qui l'a faite peut en changer les clauses & même la révoquer pour le tout. Signés, *Polinchon*, *Pinault* de *Bannaux*, *Douche de Beaulieu*, *Visant* de *Ponange*, de *Burges*, *Bissehop*, *Curpin* de *Calonne*, *J. Vaymel*, *du Parq.*

PERSONNE n'a jamais soutenu, au Parlement de Grenoble, que celui qui a fait une substitution par un acte entre-vifs *ritè & rectè*, puisse en changer les clauses par un acte postérieur. Signés, *Grammont*, *Premier Président*, *Lacroix*, de *Sayne*, de *Loyssin*, *Morel Montrivier*, & *Vidault*, Procureur Général. GRENOBLE.

CELUI qui a apposé une substitution à un acte entre-vifs ne peut en changer les clauses, étant dépouillé de toute propriété sur la chose donnée ou l'effet substitué. Signés, *Montholon*, *Paire Pierre*, de *Lange*, *Bertrand Musat*, *Le Goulon* de *Champel*, *Bonneau* & *Lançon*. METZ.

NOUS n'avons pas trouvé que cette question ait été décidée au Parlement; mais nous croyons que celui qui a fait une substitution par un acte entre-vifs, ne peut en changer les clauses par un acte postérieur, sauf dans le cas où il pourroit révoquer la substitution. Dès que le contrat est parfait par le consentement mutuel des contractans, il ne doit pas être permis à l'un d'en changer les clauses sans le consentement des autres. Signés, de *Gaubert*, *Camus*, *Mignon*, *Deodat*, *Desclaux*, *Mesplés*, *Bordenave*, *Dejean*, *Lesan*, *Bonecase*, *Casenave* & de *Caseaux*. PAU.

IL semble que celui qui a fait une substitution par un acte entre-vifs, ne peut en changer les clauses par un acte postérieur que dans le cas où il pourroit révoquer la substitution. Celui qui fait une substitution par un acte entre-vifs, peut en changer les clauses lorsqu'il n'y a que lui de partie contractante; mais lorsque dans l'acte le substituant & l'héritier ou donataire chargé de rendre le fidéicommis, sont parties dans l'acte par l'acceptation ou stipulation, l'acte étant parfait entre eux, il devient irrévocable, à moins que, comme il a été dit sur la question précédente, par le concours des volontés des parties contractantes, ils soient convenus du changement des clauses. PAU. M. DE GAUBERT.

Nous estimons, sur la question, que celui qui a fait une substitution par un acte entre-vifs, ne peut en changer les clauses par un acte postérieur que dans le cas où il pourroit révoquer la substitution.

DE ce qui a été dit dans la réponse à la question quatrieme ci-dessus, savoir que par rapport au donateur & au substitué, un ROUSSILLON.

ROUSSILLON.

fidéicommis fait dans un contrat de donation entre-vifs, doit être regardé comme une feconde donation ; il s'enfuit, fans difficulté, qu'une pareille fubftitution fidéicommiffaire doit contenir les mêmes folemnités que le Droit requiert dans la donation principale & faite en premier lieu, & que dès qu'elle s'en trouve revêtue, elle a toute fa perfection.

Suivant les maximes de Rouffillon, & les regles du Droit Romain qu'on y fuit, ces formalités fe réduifent au confentement de l'une & de l'autre des parties, c'eft-à-dire à la volonté de celui qui fubftitue, lequel à cet égard eft le donateur, & à l'acceptation de celui qui eft fubftitué & qui eft regardé comme donataire. Dès qu'une fubftitution fidéicommiffaire faite dans une donation entre-vifs fe trouve revêtue de ces formalités, elle vient à acquérir toute fa perfection & a un caractere d'irrévocabilité qui lui eft effentiel, & qui forme la différence qui fe trouve effentiellement entre les contrats & les difpofitions de derniere volonté.

La tradition réelle de la chofe donnée par une telle fubftitution, fuivant les maximes qui réglent le Rouffillon, n'eft pas requife pour que le fidéicommis foit valable, d'autant que dans l'état du Droit civil cette néceffité de tradition a été ôtée par la Conftitution de Juftinien, dont a été compofée la Loi *fi quis argentum* 35, *cod. de donat.*

Ainfi, quoique dans certains Parlemens du Royaume, qui n'ont pas reçu la difpofition de cette Conftitution de Juftinien, on en ufe autrement, on eftime que dans le cas que la tradition réelle n'a pas intervenu, il dépend du donateur de changer le fidéicommis qu'il a fait par un acte entre-vifs par un autre acte poftérieur.

Le Confeil fouverain qui n'exige pas cette néceffité de tradition réelle, & qui croit qu'elle eft fuffifamment remplie par la voie de quelque autre, quoique feinte & non réelle, comme les claufes de conftitut, les réfervations d'ufufruit & autres de cette efpece, fans cette tradition, regarderoit ce fidéicommis comme une donation parfaite, & en fe conformant au texte du Droit Romain, qui décide qu'on ne peut apporter aucune altération à une donation parfaite fans le confentemennt de toutes parties, jugeroit, fans difficulté, que celui qui a fait une fubftitution par un acte entre-vifs ne peut pas en changer les claufes par un acte poftérieur ; il fonderoit ce fentiment fur les motifs ci-deffus rapportés, pris des maximes du Droit Romain, quoique jufqu'à préfent il n'y

aie aucun Arrêt qui puiſſe établir une Juriſprudence, d'autant que juſqu'à préſent perſonne n'a porté une pareille queſtion à juger. Signés, *Deponte d'Albaret*, *Dupont*, de *Villars*, *Collarés*, *Bonnet* de *Romanya*, *Giſpert*, de *Fulla*, *Regnés*, *Deſprès*, *Bonnet* & *Sans*.

ROUSSILLON.

LES contrats entre-vifs étant de leur nature irrévocables, celui qui a fait une ſubſtitution, par un acte entre-vifs, ne peut point en changer les clauſes par un acte poſtérieur, parce qu'un acte parfait & irrévocable n'eſt point ſuſceptible de condition. Signés, le *Préſident Daſpe*, *Comere* de *Labaſtide*, *Pegueyroles*, *Baſtard*, de *Catellan-Lamaſquere*, *Azemar*, *Caſſand*, *Aymar*, *Cauſſade*, de *Celés*, *Paraſa*, *Daſpe* de *Meillan*, & *Le Maſuyer*, Procureur Général.

TOULOUSE.

LA déciſion de la quatrieme queſtion peut être preſque entiérement appliquée ici.

PARIS.
M. le Procureur Général.

Il faut cependant faire d'abord une diſtinction entre *acte entre-vifs* & *donation entre-vifs*. On n'entre dans cette diſtinction que parce que la queſtion propoſée ſe ſert du terme *d'entre-vifs*.

S'il n'eſt queſtion que d'un acte non accepté, il n'eſt pas douteux qu'il eſt révocable dans tout ce qu'il contient; il eſt donc révocable dans la clauſe entiere de ſubſtitution, & à plus forte raiſon dans des clauſes particulieres.

S'il eſt queſtion d'une donation entre-vifs acceptée par le donataire, alors ou il s'agit d'une ſubſtitution vulgaire, ou d'une ſubſtitution fidéicommiſſaire.

Si l'on entend dans cette queſtion ſous le terme de ſubſtitution, la ſubſtitution fidéicommiſſaire qui n'a lieu que dans le cas que le grevé a recueilli & preſque toujours après ſa mort, on ne peut douter, comme on l'a dit ci-deſſus, que l'acceptation du donataire ne la rende parfaite, par rapport aux ſubſtitués, qu'elle ne ſoit donc irrévocable du jour de l'acceptation, ſoit par rapport à l'acte de donation, ſoit par rapport à la ſubſtitution, ſoit enfin par rapport aux clauſes poſtérieures qui ne peuvent plus être changées.

Mais il n'eſt pas moins certain que, ſuivant l'avis de ceux qui ont été, ſur la quatrieme queſtion, pour la révocabilité, la donation étant révocable du conſentement du donateur & du donataire, lorſque le premier ſubſtitué n'a point accepté même par

PARIS.

rapport à la ſubſtitution, elle ne puiſſe être chargée de clauſes particulieres par un acte poſtérieur.

Il n'eſt pas moins certain, même dans cet avis, que ſi le premier ſubſtitué a accepté la ſubſtitution, les clauſes ne peuvent plus en être changées non-plus que la ſubſtitution.

Et dans l'avis au contraire de ceux qui tiennent pour l'irrévocabilité, il n'eſt pas douteux que le donataire ne peut changer les clauſes même du conſentement du donateur & du donataire.

On doit en dire autant & des ſubſtitutions appoſées dans des donations ou inſtitutions contractuelles portées dans des contrats de mariage, avec la ſeule différence que le cas de la révocation, de concert entre le donateur & le donataire, ne peut avoir lieu.

Cette queſtion ne ſemble donc pas en être une, il n'y a qu'un cas qu'on pourra prévoir; c'eſt celui où le grevé de fidéicommis auroit été obligé de reſtituer, non à ſa mort, mais dans un certain temps ou certaines conditions.

Or il paroît certain que ſi le temps eſt venu, ou ſi la condition eſt accomplie ſous laquelle le ſubſtitué a droit de jouir, il n'eſt plus poſſible de révoquer, même dans l'avis de ceux qui tiennent pour la révocabilité; c'eſt le cas où le donataire n'ayant plus de droit ne peut (ni à plus forte raiſon ſon héritier) donner ſon conſentement pour détruire un droit acquis au ſubſtitué : c'eſt là l'application réelle de l'art. XI de l'Ordonnance des donations qui attache la validité, & par conſéquent l'irrévocabilité de la donation à l'acceptation du ſeul donataire.

On ne parle point ici du cas de fraude prévu par le Parlement de Beſançon, parce que la fraude forme toujours une exception à la Loi, & qu'on ne peut douter que les créanciers qui ont acquis une hypotheque ſur le donataire depuis la donation acceptée, ne ſoient en droit de l'exercer ſur les choſes données, indépendamment du déſiſtement du donataire, du profit de la donation.

Ainſi on eſtime que celui qui a fait une ſubſtitution par un acte entre-vifs non accepté, peut en changer les clauſes par un acte poſtérieur; mais on eſtime auſſi que ſi l'acte a été accepté, la queſtion doit être décidée comme la quatrieme.

On a agité auſſi la queſtion de ſavoir quelle ſorte d'acte pourroit ſuffire pour la révocation; mais on n'a pas cru devoir en parler, la queſtion propoſée n'en parlant point.

SIXIEME QUESTION.

Si un Donateur peut grever de substitution les biens qu'il a précédemment donnés sans aucune charge, soit qu'il se soit réservé ce pouvoir dans la Donation, soit qu'il ne se le soit pas réservé, & supposé qu'il le puisse, dans quel cas & en faveur de quelles personnes & sous quelles conditions il peut user de ce pouvoir?

LA Jurisprudence des Arrêts a établi, pour maxime parmi nous, que le donateur ne peut grever de substitution les biens qu'il a précédemment donnés sans aucune charge, à moins qu'en instituant son donataire pour héritier, le testateur ne le charge expressément de rendre à un tiers non-seulement son hérédité, mais encore les biens donnés, ce qui dans ce cas doit être exécuté, à moins que le donataire ne répudie l'hérédité & se dégage par-là de la charge qui lui est imposée; en quoi nous ne considérons pas la qualité du donateur qui ne lui donne aucun pouvoir sur les biens dont il s'est dépouillé par la donation; mais nous considérons la qualité de testateur qui lui donne le pouvoir d'imposer aux nouvelles libéralités qu'il exerce telles conditions & charges qu'il veut y apporter. La Loi en lui permettant de disposer par fidéicommis des biens propres de son héritier, elle lui permet également de disposer des biens qu'il a donné, & dont il avoit perdu la propriété transferée à son donataire devenu son héritier (*a*). A I X.

Mais si dans la donation il s'est réservé le pouvoir d'y substituer,

(a) *Leg. 4, cod. de don. quæ sub modo. Leg. 114, §. quid ergo, ff. de leg. 1°. leg. 62, in princip. ff. ad S. C. Trebellianum. Leg. sequens, questio 68, ff. de leg. 2°. Sequens quæstio est an etiam quæ vivus per donationem in uxorem contulit in fideicommissi petitionem veniant, respondi ea extra causam bonorum defuncti computari debere, & propterea fideicommisso non contineri, quia ea habitura esset etiam alio herede existente.* Planè nominatim maritus uxoris fidei committere potest ut ea restituat. *Duperier, liv. 3, q. 3: Boniface, tom. 3 de la seconde compilation, liv. 2, tit. 19, ch. 2.*

A I X.

dans ce cas, il peut dans la suite y substituer indéfiniment en faveur de qui bon lui semble, parce que la liberté qu'il s'est réservée n'est bornée par aucune limitation; mais si cette réserve étoit renfermée dans une donation ou institution contractuelle contenue dans un contrat de mariage, dans ce cas il seroit juste que cette réserve de substituer, quoique conçue en termes indéfinis, fût restrainte en faveur des enfans & descendans du mariage, en gardant l'ordre des degrés, puisque, suivant la disposition des Loix, toute substitution faite en faveur d'un étranger cesse d'avoir lieu, lorsque le fils, chargé du fidéicommis, vient à avoir des enfans (*a*).

Il est vrai que quelques Docteurs ont prétendu que le fidéicommis, dont un étranger se trouve grevé, cesse également par la naissance des enfans à l'héritier grevé; mais cette opinion n'est pas la plus conforme à l'esprit & aux termes de la Loi.

M. Le Bret.

L'on permet au donateur, qui s'est réservé dans sa donation le pouvoir d'y apposer un ou plusieurs degrés de substitution, de substituer les biens déja donnés; mais lorsque l'on l'a fait ainsi, l'on a regardé les substitutions comme favorables, elles ne le sont pourtant que par rapport à l'amusement des Jurisconsultes, qui coûte bien souvent cher aux autres.

L'on tient que le donateur qui ne s'est pas réservé le pouvoir de substituer ne peut grever le donataire, & la raison que l'on en tire de la Loi *sequens*, *quest.* 68, *de legat.* 2°. où le Jurisconsulte *Paulus* dit, les biens donnés *extra bonorum causam computari*, seroit bien suffisante pour soutenir que le donateur ne peut pas, après-coup, grever son donataire, & sur ce pied-là l'on ne devroit jamais permettre au donataire de substituer par un acte postérieur à sa donation, comme l'on le souffre lorsqu'il s'en est réservé le pouvoir & que toutes les choses sont entieres.

M de Cormis, Avocat.

Le donateur qui ne s'est point réservé le pouvoir, dans la dona-

(a) *Leg. cum avus, ff. de condit. & demonst.* Boniface, tom. 2 de la premiere compilation, liv. 2, tit. 2, chap. 5, p. 136, *leg.* 30, *cod. de fideicommis. cum Papinianus instituerit, si quis filium suum heredem instituit, & restitutionis post mortem oneri jubegit non aliter hoc videri disposuisse nisi cum filius, ejus sine sobole suam vitam reliquerit.* Voyez sur cette diversité d'opinions Faber, decade 20, erreur 10; & Cujas en son Commentaire sur Papinien, liv. 9, *ad leg. cum avus*, ci-dessus cité.

tion,

tion, pour y appofer un degré ou plus de fubftitution, ne peut pas le fubftituer. Les biens déja donnés *funt extra caufam bonorum, lege fequens, quæftio* 68, *ff. de legat.* 2°. & cette exclufion étant générale, il femble inutile de propofer pour quelles perfonnes & fous quelles conditions la fubftitution pourroit avoir lieu; on ne le permet, en Provence, qu'à l'héritier grevé de fidéicommis envers plufieurs perfonnes, parce qu'alors le choix & la préférence que fait le grevé de l'un des fubftitués *eligendo beneficium confert*, & pour le bienfait de cette préférence on lui permet d'y ajouter un feul degré de fidéicommis en faveur du fils de l'élu ou de fes freres éligibles & non d'autres; & en un mot le donateur qui ne s'eft point réfervé, par la donation, le pouvoir d'y fubftituer, n'eft point cenfé le faire à moins qu'il ne s'en foit expliqué expreffément, & que nul droit ne foit encore acquis au donataire.

M. DE CORMIS, Avocat.

SUIVANT la Jurifprudence du Parlement de Bordeaux, un donateur ne peut grever de fubftitution les biens qu'il a précédemment donnés, fans aucune charge, que dans deux cas. Le premier, c'eft lorfqu'il s'eft réfervé ce pouvoir dans la donation, encore fi la donation eft faite à un fils par contrat de mariage, la fubftitution ne peut être faite que pour avoir lieu au cas du décès du donataire *fine liberis*. Le fecond eft tiré des Loix *unum ex familia & fequens quæftio*, *ff. de leg.* 2°. & c'eft quand le donateur fait à fon donataire une libéralité égale à la premiere, & que rappellant cette premiere donation, il fubftitue nommément aux biens donnés. Signés, *Gillet* de *Lacafe*, *Le Berthon*, *d'Albeffard*, *Bigot*, *Jejun*, *Le Moncreau*, *Loyal*, *Dudon*, *Du Vigier* & de *La Trefne*.

BORDEAUX.

SI le donateur s'eft réfervé le pouvoir de fubftituer, il eft hors de doute qu'il peut grever de fubftitution les biens précédemment donnés fans aucune charge.

S'il ne s'eft point réfervé ce pouvoir, il ne peut, généralement parlant, grever de fubftitution.

Il y a cependant certaines natures de donations à excepter, & qui font fufceptibles de fubftitution après qu'elles ont été faites.

Ce font celles qui font révocables, comme, par exemple, les donations à caufe de mort; car fi on peut les révoquer, à plus forte raifon y appofer des charges & des conditions, ce font celles qu'un mari fait à fa femme, ce font enfin celles qu'un pere fait à fes enfans.

COLMAR.

COLMAR. Il y a trois conditions requises pour que le donateur puisse grever de substitution les biens précédemment donnés, lorsque par la donation il s'est réservé le pouvoir de substituer.

1°. Que la substitution comprenne nommément ces mêmes biens.

2°. Que le donataire décede sans enfans.

3°. Que la substitution soit faite au profit des collatéraux du donataire. Signés, de *Corbeson*, *Holdt*, *Muller*, *Nof* & *Muller*.

DIJON. LORSQU'IL se trouve une réserve expresse, que le donateur s'est faite dans l'acte même de donation, de pouvoir substituer les choses données, nulle difficulté qu'il ne puisse postérieurement user de cette faculté qui forme une partie intégrante de la convention *alias non donaturus*.

Mais si le donateur n'a pas pris cette précaution, & qu'il se soit contenté de donner purement & simplement, pourra-t-il après charger son donataire de fidéicommis ? L'embarras pour le déterminer n'est pas médiocre à cause de la différente Jurisprudence des Parlemens. Celui de Paris a constamment jugé que la donation entre-vifs ayant acquis un droit présent & irrévocable au donataire, il s'en falloit tenir aux grands principes, & refuser au donateur la liberté de grever son donataire après-coup. Ce qu'il y a de particulier en ceci, c'est que le Parlement de Paris a suivi la raison écrite, tandis que les Parlemens du Droit Ecrit, qui sont abstraints à s'y conformer, s'en sont écartés.

Les Arrêts du Parlement de Toulouse ont autorisé les fidéicommis imposés après la donation entre-vifs faite par le pere donateur à son fils, pourvu qu'il se trouve grevé en faveur de ses enfans, ou au cas qu'il décede sans en laisser aucun, il faut de plus que la substitution comprenne expressément les biens donnés.

Cette Jurisprudence fondée sur le vœu de la nature, sur le desir d'un grand pere de faire passer à ses petits enfans les biens qu'il a libéralement donnés à leur pere ne manque pas de couleur; mais elle est cependant opposée à la regle *perfecta donatio conditiones postea non capit. M. de Catellan*, *tom.* 1, *liv.* 2, *chap.* 3, en convient.

Au Parlement de Grenoble la substitution est valable pour ce qui excede la légitime, *Guy Pape* en rend témoignnge, *quest.* 613. Cette maniere de décider ne blesse pas moins les principes. Le Parlement de Bordeaux paroît avoir varié. *Automne*, qui étoit

Avocat, sur la *Loi* 4, *cod. de donat. quæ sub modo*, cite un Arrêt du mois de Juin 1577 conforme à cette Loi. M. Boyer, qui étoit Président, décision 204, n. 33, atteste qu'à cet égard on décidoit au Parlement de Bordeaux comme en celui de Toulouse. DIJON.

Lapeyrere, *lettre S*, *num.* 56, atteste qu'au Parlement de Bordeaux on ne peut substituer les biens donnés par contrat de mariage ; mais que ce qui est donné par simple donation entre-vifs peut être, après-coup, chargé de restitution.

Cette distinction n'est pas fondée, car la donation entre-vifs acquiert un droit parfait & irrévocable au donataire, aussi-bien que l'institution contractuelle, *ei cui donasti addere substitutum, plenum jus quod in eum contulisti revocare est*, dit M. Cujas, *consul.* 20. *Bardet*, *tom.* 2, *liv.* 1, *chap.* 5, rapporte un Arrêt du Parlement de Paris du 22 Février 1625, par lequel il fut jugé, qu'il n'avoit pas été au pouvoir du pere du donateur de charger l'institution contractuelle faite à son fils ainé en faveur même de ses enfans.

C'est pourquoi les Commissaires estiment qu'aucun donateur, pas même le pere en faveur de ses petits-enfans, ne peut grever, postérieurement de fidéicommis, les biens qu'il a précédemment donnés entre-vifs purement & simplement & sans réserve ; mais si le donateur pur & simple étend par son testament ses libéralités envers son donataire & le charge d'un fidéicommis exprès, tant au regard des biens précédemment donnnés que de ceux laissés par sa derniere volonté, en ce cas comme elle ne peut être divisée, & qu'on ne peut accepter le profit sans se soumettre aux charges qu'elle impose, il n'est pas permis de douter que si on s'en tient au testament, les biens donnés, même antérieurement, ne soient sujets à restitution, puisqu'il est loisible de disposer du patrimoine de son héritier ; mais alors le donateur n'impose pas le fidéicommis sur les choses données entre-vifs en qualité de donateur, & comme ayant conservé quelques avantages qui lui donne ce droit ; il dit au contraire à son héritier : si vous voulez accueillir ma succession, non-seulement vous la restituerez à un tel, mais encore tous les biens que je vous ai ci-devant donnés par acte entre-vifs. Signés, de *La Marre*, *Bouhier*, *Lantin*, *Fijan*, *J. David*, *Basin*, *Mairelet*, *Du Minot*, *Normand* puîné, & *Thiery*.

Nous croyons qu'un donateur ne peut grever de substitution les biens qu'il a précédemment donnés entre-vifs sans aucune FLANDRES.

FLANDRES.

charge, à moins qu'il ne se soit réservé ce pouvoir par la donation; parce qu'une donation parfaite ne reçoit ni condition ni charge, & que les biens donnés ne sont plus en la disposition du donateur; mais lorsqu'il s'en est réservé le pouvoir, il peut grever de substitution les biens donnés au profit de toute sorte de personnes & sous telles conditions qu'il lui plaît. Signés, *Polinchon*, *Pinault* de *Bannaux*, *Douche* de *Beaulieu*, *Visant* de *Ponange*, de *Burges*, *Bissehop*, *Curpin* de *Calonne*, *J. Vaymel*, *Duparq* & *Vernimen*.

GRENOBLE.

Le donateur peut grever de substitution les biens qu'il a précédemment donnés sans aucune charge, s'il s'est réservé ce pouvoir dans la donation, parce que cette clause fait partie de l'acte.

Mais si le donateur ne s'est pas réservé ce pouvoir, il ne peut plus substituer les biens qu'il a une fois donnés purement & simplement, suivant le sentiment commun, qui est en cela conforme au Droit Romain, *perfecta donatio conditionem postea non capit*, *leg.* 5, *cod. de donat. quæ sub modo.*

Il est vrai que Chorier, dans la Jurisprudence de Guy Pape, liv. 3, sect. 3, art. 22, rapporte deux Arrêts du Parlement de Grenoble qui ont jugé le contraire en 1657 & 1660; mais celui de 1657 est une cause évoquée du Parlement de Toulouse, où la Jurisprudence est que les donateurs peuvent, dans la suite, grever de substitution les biens précédemment donnés, comme on le voit dans MM. Dolive, Maynard, Cambolas & Catellan. Pour l'autre Arrêt de 1660, il faut qu'il ait été rendu sur des circonstances particulieres, que MM. les Commissaires n'ont pas pu apprendre par la lecture de cet Arrêt.

Quoiqu'il en soit, on n'a pas connoissance que personne ait soutenu l'affirmative en Dauphiné, que Chorier, dont le sentiment ne seroit pas suivi, selon les apparences, si la question se présentoit à juger. Signés, *Grammont*, premier Président, *Lacroix* de *Sayne*, de *Leyssius*, *Mores*, *Montrivier* & *Vidault*, Procureur Général.

METZ.

Nous estimons que dans aucun cas le donateur ne peut grever de substitution, les biens qu'il a précédemment donnés, l'irrévocabilité étant de l'essence de la donation.

Le donateur même ne peut se réserver ce pouvoir, parce que ce seroit aller directement contre la maxime établie par nos Coutumes, *donner & retenir ne vaut*, que nous suivons dans toute sa

rigueur. Signés, de *Montholon*, *J. Pierre* de *Lange*, *Bertrand*, *Muzac*, *Le Goullon*, de *Champel*, *Bonneau* & *Lancon*.

METZ.

PAU.

Il est d'une Jurisprudence constante parmi nous, que le donateur ne peut grever de substitution les biens qu'il a précédemment donnés sans aucune charge, lorsqu'il ne s'est pas réservé ce pouvoir dans l'acte de donation, parce que, suivant le Droit Romain, *perfecta donatio non recipit modum neque conditionem.*

A l'égard des institutions contractuelles la Jurisprudence a varié. Les anciens Arrêts, depuis 1600 jusques environ l'an 1656, cassoient les substitutions faites au préjudice de l'institution contractuelle. Les Arrêts, depuis ladite année 1656, jusqu'en l'année 1702, jugeoient que l'institué devoit ou accepter la substitution, ou renoncer à la quarte du bien compris dans l'institution contractuelle, de laquelle quarte celui qui a fait l'institution contractuelle a toujours la libre disposition; mais les Arrêts depuis 1702 ont décidé que la substitution faite même par le pere ou la mere, au préjudice de l'institution contractuelle, ne pouvoit valoir que pour la quarte, sans obliger l'institué à répudier l'hérédité testamentaire, mais après son décès on en adjuge ladite quarte & autres biens libres au substitué.

Nous croyons pourtant que si le pere ou la mere qui ont fait l'institution contractuelle substituoient ensuite nommément dans leur testament à leurs enfans, & que ce fût à cette condition expresse qu'ils les instituassent héritiers, l'institué devroit répudier la succession testamentaire & s'en tenir aux trois quarts en vertu de l'institution contractuelle; mais s'il acceptoit l'institution testamentaire, comme par ce moyen il profiteroit de la quarte, il sembleroit approuver & accepter la substitution, parce que dans ledit cas ce n'est pas aux biens donnés que le testateur substitue en qualité de donateur, mais comme testateur qui dispose du bien de son héritier, ce qu'il peut faire, suivant le Droit Romain, & c'est à l'héritier à répudier ou accepter, il ne peut pas diviser la volonté du défunt.

Nous croyons qu'il en doit être de même dans la Loi nouvelle, parce que cela est plus conforme aux principes du Droit Romain.

Mais nous croyons aussi que si l'on se déterminoit à permettre au donateur de substituer aux biens donnés, on ne devroit le permettre qu'au pere & à la mere, & sous les trois conditions *nominatim si sine liberis & favore liberorum.* Signés, de *Gaubert*,

PAU.

Casau, *Mignon*, *Deodat*, *Desclaux*, *Mesplé*, *Bordenave*, *Dejean*, *Lesan*, *Bonnecase*, *Casenave* & de *Caseau*.

PAU.
M. DE GAUBERT, premier Président.

C'EST un principe que *perfecta donatio conditiones postea non capit. Le perfecta* 4, *cod. de donat. quæ sub modo.* La donation entre-vifs dépouillant le donateur de la propriété des biens compris dans l'acte de donation, il n'a pu imposer, depuis à cet acte parfait ni à un bien qui ne lui appartient plus, nulle charge ni condition. Par une juste conséquence il n'a pu grever de substitution les biens ci-devant donnés.

Le Parlement de Toulouse a néanmoins une Jurisprudence contraire sous trois conditions. 1°. Que la substitution comprenne nommément les biens donnés. 2°. Que le fils donataire décede sans enfans. 3°. Que la substitution soit faite en faveur des autres enfans ou descendans, *nominatim si sine liberis, & favore liberorum. M. Dolive, liv.* 5, *chap.* 15. *M. Larroche & Graverol, liv.* 2, *chap.* 4, *arr.* 46. *Ferriere sur Guy Pape, quest.* 184. *Cambolas, liv.* 1, *chap.* 35. *M. de Catellan, tom.* 1, *liv.* 2, *chap.* 13. *Bretonnier sur Henrys, tom.* 2, *liv.* 5, *quest.* 52.

Au Parlement de Grenoble la substitution est valable pour ce qui excede la légitime, §. *si autem per fideicommissum tunc in eo quod est ultra debitum bonorum subsidium tenet.* Guy Pap. voir Chorier, pag. 190, quest. 613.

Au Parlement de Bordeaux la substitution n'est point valable sur la dot premiere, mais seulement pour les donations en contrat de mariage. *Lapeyrere, lettre S, n.* 86. *Marie Ricard*, tom. 1, part. 3, chap. 7, sect. 5, depuis le *n.* 804 *jusqu'au n.* 818, ramene la question, & rapporte un Arrêt du Parlemenr de Paris du 22 Février 1625, qui a jugé que le pere, donateur, n'avoit pu charger de fidéicommis l'institution d'héritier faite de son fils aîné en faveur même de ses enfans : Arrêt donné dans le cas d'une donation ou institution contractuelle des biens présens & à venir, qui tenant, à certains égards, de la donation à cause de mort, tient néanmoins plus de l'irrévocabilité entre le donateur & le donataire, étant de sa nature une donation entre-vifs pure & simple & irrévocable, qui ne peut, par conséquent, souffrir charge ni condition.

Mais dans le cas où le donateur s'est réservé, dans l'acte de donation, le pouvoir de substituer, nulle difficulté qu'il n'ait pu user de sa réserve, *conditiones initio donationis imponuntur.*

Godefroi d. leg. perfecta 4, cod. de donat. quæ sub modo.

PAU.

M. de Lamoignon, premier Président du Parlement de Paris, art. 8, tit. des fidéicommis dit, quand la donation entre-vifs, par contrat de mariage ou autrement, est parfaite, le donateur ne peut, après-coup, charger le donataire d'aucun fidéicommis dans nul cas, peut, toutesfois le donateur, se réserver la faculté de substituer par fidéicommis, auquel cas la substitution faite hors & après la donation sera valable.

Si l'on se déterminoit de permettre au donateur de pouvoir substituer aux biens déja donnés, il paroîtroit raisonnable d'adopter la Jurisprudence du Parlement de Toulouse sur les trois conditions; savoir, que le fidéicommis comprendroit expressément les biens donnés, que le donataire seroit un des enfans ou descendans du donateur, & que le donataire décéderoit sans enfans.

Il y a un autre cas où la substitution pourroit valoir, même sur les biens donnés, rapporté par Ricard dans l'endroit indiqué, n. 818, pag. 611, le donateur d'un bien particulier, instituant par un acte postérieur le même donataire en tous ses autres biens, a pu le grever d'une substitution même aux biens donnés; ce donataire acceptant l'institution, les biens donnés seroient compris valablement dans la substitution; mais ce donataire ayant la liberté de renoncer à l'institution, s'en tenant à la donation, dans ce cas les biens donnés n'auroient pu être grevés de substitution.

Nous croyons que si le donateur doit avoir la liberté de substituer aux biens donnés, il seroit raisonnable de l'accorder aux pere & mere & autres ascendans sous les trois conditions seulement adoptées par le Parlement de Toulouse, *nominatim si sine liberis, & favore liberorum.* Nul doute raisonnable à faire que le donateur ne puisse substituer aux biens donnés, lorsqu'il s'est réservé cette liberté dans l'acte de donation, cette réserve même faisant partie de la condition.

ROUSSILLON.

Si un donateur de quelques biens, par une donation entre-vifs, se réserve, dans le contrat, par un pacte exprès, la faculté de pouvoir charger les biens donnés de fidéicommis dans la suite, on ne peut pas douter qu'il ne soit permis à ce donateur d'user du pouvoir qu'il s'est réservé dans le contrat; c'est un pacte de la donation, convenu entre les parties dès le commencement, lequel n'étant ni contre la disposition du droit ni contre les bonnes mœurs, ne peut laisser d'être exécuté & le donataire n'a rien à dire, puisque

ROUSSILLON.

son consentement a donné, à cette clause de réservation, la force qu'elle a; ainsi, quoique le Conseil souverain n'aie jamais rendu Arrêt sur cette matiere, il est certain & incontestable que, si pareil cas se présentoit à juger, il seroit décidé sans difficulté que le donateur dans cette espece a pu user du pouvoir qu'il s'étoit réservé, en conséquence charger d'un fidéicommis le bien qu'il avoit précédemment donné.

Mais si le donateur a fait une donation pure & simple, sans se réserver le pouvoir de charger le bien donné de substitution, à l'égard de cette question, suivant les regles du Droit Romain, il n'y a pas de difficulté que l'essence des donations consiste particuliérement à acquérir un droit présent & irrévocable aux donataires; d'où les Loix ont disposé qu'après la perfection des donations entre-vifs, elles ne sont plus exposées à la volonté du donateur, lequel ne peut y ajouter, sans le consentement du donataire, une nouvelle condition.

Cela est si fort établi par le Droit Romain, qu'il ne permet pas seulement à un donateur de rien altérer dans une donation qui se trouve parfaite, pas même en faveur de la liberté, si favorable dans le Droit.

Il est pourtant vrai que quelques Parlemens du Pays de Droit Ecrit, ont introduit une Jurisprudence qui apporte à la regle générale une limitation.

Il a été jugé, par les Arrêts de ces Compagnies, qu'après qu'un pere a fait une donation entre-vifs à un de ses enfans dans son contrat de mariage, purement & simplement, il peut, nonobstant cela, dans la suite & après-coup, charger le bien donné d'une substitution fidéicommissaire, avec trois conditions néanmoins; 1°. Que le fidéicommis soit apposé expressément & dans des termes formels aux biens précédemment donnés. 2°. Que cette substitution soit faite au cas de mort sans enfans du donataire, & enfin que le fidéicommis soit fait en faveur d'un descendant du donateur; cependant, à suivre les regles du Droit Romain, cette Jurisprudence ne paroît pas soutenable, & le Conseil souverain, attaché aux maximes du Droit Ecrit, suivant lesquelles on ne doit faire aucune différence entre les donations faites aux enfans des donateurs, d'avec celles qui sont faites aux étrangers à l'égard de l'irrévocabilité des donations, ne sauroit embrasser la distinction que cette Jurisprudence fait; mais sur les motifs ci-dessus rapportés, le Conseil jugeroit la substitution fidéicommissaire apposée entre-

vifs

vifs déja parfaite de nulle valeur, & laifferoit libre de cette charge le bien purement & fimplement donné *ab initio*, & ce indiftinctement & fans faire aucune différence entre perfonnes, & de la forte cette Compagnie fixeroit une Jurifprudence qui n'a pas été établie jufqu'à préfent, une pareille queftion ne s'étant pas préfentée jufqu'à aujourd'hui. Signés, *Deponte d'Albaret*, *Dupont*, de *Villars*, *Collarés*, *Bonnet* de *Romanya*, *Gifpert*, de *Fulla*, *Regnés*, *Defprès*, *Bonnet* & *Sans*.

ROUSSILLON.

CETTE queftion renferme deux cas, celui où le donateur n'a pas réfervé le pouvoir de fubftituer, & celui où il l'a réfervé. On répond à tous les deux féparément.

TOULOUSE.

Suivant la regle générale, le donateur ne peut impofer ni charge ni condition à la donation qu'il a précédemment faite (*a*), & par conféquent il ne peut grever de fubftitution les biens qu'il a précédemment donnés fans fe réferver le pouvoir de fubftituer.

Auffi cette regle a-t-elle été exactement obfervée à l'égard des donateurs étrangers ou collatéraux, auxquels il n'a jamais été permis de fubftituer des biens qu'ils avoient précédemment donnés, s'ils n'en ont réfervé le pouvoir dans l'acte même de la donation.

Le Parlement de Toulouife a cru néanmoins devoir s'écarter de l'auftérité de la regle en faveur des peres donateurs, en autorifant les fubftitutions qu'ils font des biens précédemment donnés à leurs enfans, quoiqu'ils n'en aient pas réfervé le pouvoir dans la donation. Cette Jurifprudence, atteftée par tous nos Auteurs, trouve fon origine dans les temps les plus reculés & n'a jamais reçu de variation; mais en accordant aux peres donateurs cette faculté par rapport aux biens précédemment donnés par eux à leurs enfans, elle y a mis trois conditions (*b*).

La premiere regarde le cas où la fubftitution eft permife, ce n'eft que dans le cas où le donataire décede fans enfans de l'un & l'autre fexe, *fi fine liberis*.

La feconde renferme la qualité des perfonnes qui peuvent être fubftituées. La fubftitution ne peut être faite qu'en faveur des propres defcendans du donateur, *favore liberorum*, les étrangers

(*a*) *Leg. perfecta* 4, *cod. de donat. quæ fub modo.*

(*a*) Maynard, liv. 5, chap. 34. Dolive, liv. 5, chap. 15 & 16. Larroche, liv. 2, *in verb.* mariage, art. 46. Cambolas, liv. 1, chap. 35, liv. 6, chap. 13. Catellan, liv. 2, chap. 13. Ferriere fur la queft. 184 de Guy Pape.

ni les collatéraux n'y peuvent être appellés en aucun cas.

TOULOUSE. La troisieme concerne la forme de la substitution, elle doit être faite expressément; on n'admet point d'équivalent en cette matiere, malgré la note rapportée au chap. 15, du liv. 5 de M. Dolive, qui est fondée sur un préjugé faussement allégué; il faut donc que les trois circonstances, ou les trois conditions *si sine liberis*, *favore liberorum*, *nominatim*, concourent ensemble pour la validité de la substitution aux biens donnés.

RAISONS DE LA JURISPRUDENCE.

La faculté accordée aux peres donateurs de substituer aux biens donnés, quoiqu'ils n'en aient pas réservé le pouvoir dans la donation, a été introduite par le même motif qui assujettit au droit de retour, les biens qu'ils ont donnés à leurs enfans, *ne parentum erga liberos munificentia retardaretur*, on a cru inviter les peres à se dépouiller plus volontiers pendant leur vie par l'établissement de leurs enfans, en leur procurant un moyen qui les affranchît de la crainte ou de l'incertitude où ils pourroient être, que les biens qui partent de leur libéralité ne passent dans des mains étrangeres au préjudice de leurs descendans, par la disposition bizarre du fils donataire dans le cas où il décéderoit sans postérité.

Toutefois, en accordant ce pouvoir au pere donateur, il convenoit d'y mettre des bornes, il n'étoit pas juste de lui laisser une liberté indéfinie de substituer les biens qui ne lui appartiennent plus, & d'arracher aux enfans du donataire, par acte postérieur, les biens qui étoient acquis à leur pere en vertu de la donation; & si l'existence des enfans du donataire empêche le droit de retour, à plus forte raison doit-elle empêcher l'effet de la substitution aux biens donnés.

Il n'est pas d'ailleurs raisonnable de priver le donataire de disposer, lui-même à sa volonté, des biens qui lui ont été donnés lorsqu'il a des enfans, pour que l'espérance, ou la crainte de sa disposition, les contienne dans le respect & l'obéissance qu'ils doivent à leur pere (*a*) : d'autre part en accordant, au pere donateur, la faculté de substituer aux biens donnés, on n'a eu d'autre objet que de lui faciliter le moyen de conserver, dans sa descendance, les biens

(*a*) Dolive, liv. 5, chap. 15. Fernand, *ad cap.* 7. *n.* 8.

qu'il a donnés, dans le cas où le donataire décede sans postérité, & c'est ce qui a déterminé à restreindre la substitution aux seuls descendans du donateur, sans lui permettre de la porter aux étrangers ; il falloit bien le concours de la faveur de la personne substituée, pour ôter au donataire la liberté de disposer des biens dont la propriété lui étoit acquise par un titre irrévocable.

Enfin la substitution aux biens donnés doit être expresse, parce que les biens donnés n'étant plus en la main du donateur, *bona donata sunt extra causam bonorum*, & ne faisant pas partie de son hoirie, ils ne peuvent être compris dans la substitution de ses biens ou de son hérédité, il faut donc qu'ils soient substitués expressément.

Le pouvoir, accordé aux peres donateurs, de substituer aux biens par eux précédemment donnés à leurs enfans, a été étendu à la mere donatrice, à l'aïeul & à tous les ascendans donateurs, par rapport aux biens qu'ils donnent eux-même à leurs descendans, avec les mêmes limitations qui ont été imposées aux substitutions faites par le pere.

Il est aussi décidé, que si le pere donateur survit à son fils donataire, & que celui-ci laisse des enfans, le donateur peut grever de substitution les biens qu'il a donné, dans le cas où les enfans du donataire prédécédé mourroient sans enfans de l'un & de l'autre sexe, en suivant les autres conditions ci-dessus marquées ; mais toutes les fois que le donataire survit au donateur, & que le donataire laisse des enfans, la substitution des biens donnés s'évanouit (*a*).

Le deuxieme cas qui est renfermé dans la question 6, est celui où le donateur s'est réservé, dans la donation, la faculté de substituer aux biens donnés ; de quelle maniere & en faveur de quelles personnes, & en quel cas il le peut.

Dans le cas où le donateur a réservé, dans la donation, la faculté de substituer ; les biens donnés sont censés compris dans la substitution vague & générale, quoique le donateur ne fasse pas, dans la substitution, mention expresse des biens qu'il a précédemment donnés ; en ce cas, même si la famille est noble, & que le donateur ait déclaré, en donnant & en réservant la faculté de substituer, que c'est pour conserver sa maison, il peut grever de substitution les biens donnés si le donataire décede sans enfans mâles, quoi-

(*a*) Dolive, liv. 5, chap. 16. Cambolas, liv. 6, chap. 17.

TOULOUSE.

qu'il laiſſe des filles, & le donateur peut, en ce cas, ſubſtituer un mâle de ſa famille pour recueillir les biens donnés : que ſi le donataire n'a point d'enfans de l'un ni de l'autre ſexe, le donateur pourroit ſubſtituer indéfiniment telles perſonnes qu'il aviſeroit (*a*).

Telle eſt la Juriſprudence du Parlement de Toulouſe, qui ne nous paroît pas devoir être changée, ni par rapport à la faculté qu'elle donne aux parens donateurs de ſubſtituer aux biens donnés, ni dans la reſtriction qu'elle a mis à cette faculté, non plus que dans la différence qu'elle a mis entre la faculté réſervée de ſubſtituer dans l'acte de donation, & celle qui eſt accordée dans nos Arrêts. Signés, *le Préſident Daſpe*, *Comere de Labaſtide*, *Pegueyroles*, *Baſtard*, *Catellan - Lamaſquere*, *Azemar*, *Caſſand*, *Aymar*, *Cauſſade*, de *Celés*, *Paraſa*, *Daſpe* de *Meillan* & *Le Maſuyer*, Procureur Général.

PARIS.
M. le Procureur Général.

CETTE queſtion, à examiner les véritables principes, ne paroît pas ſouffrir beaucoup de doute dans ſa déciſion. Un donateur qui ne s'eſt point réſervé la faculté de grever de ſubſtitution les choſes données, s'étant dépouillé de la propriété des choſes données pour en revêtir le donataire, n'y conſerve plus aucun droit, & ce ſeroit agir contre les principes les plus certains que de lui conſerver un droit dont il s'eſt ſuffiſamment dépouillé.

Ainſi malgré la Juriſprudence du Parlement de Toulouſe, qui n'eſt établie même que pour les donations des peres aux enfans, & ſous les trois conditions, *ſi ſine liberis*, *favore liberorum & nominatim*, on ne peut s'empêcher de ſe rendre au ſuffrage de toutes les autres Cours ; car ce que quelques Auteurs ont allégué de la Juriſprudence de quelques Parlemens, conforme à celle du Parlement de Toulouſe, ne paroît nullement fondé.

Mais quand il y a une réſerve expreſſe dans la donation, il ne ſemble pas qu'on puiſſe douter que la donation ne puiſſe être grevée ; c'eſt le ſuffrage unanime de toutes les Cours, à l'exception du Parlement de Metz. On ne peut point dire que ce ſoit donner & retenir, ou ce ſeroit donner & retenir, que de donner ſous condition & de donner à la charge de retour dans de certains cas. La propriété, malgré la réſerve de ſubſtituer & malgré la ſubſtitution faite dans la ſuite, paſſe cependant au donataire, & la

(*a*) Dolive, liv. 5, chap. 15. Maynard, liv. 2, chap. 34

réserve étant une condition de la donation, sans laquelle elle n'auroit pas été faite, on ne peut point trouver d'obstacle à son exécution. C'est pourquoi on ne croit pas qu'on doive borner la faculté de grever, dans le cas de la réserve, aux trois cas du Parlement de Toulouse, comme quelques Cours l'ont insinué. Ces trois conditions, qui étoient fort bien établies dans une Jurisprudence qui donnoit au donateur la faculté, quand même il ne l'auroit pas réservée, ne paroissant pas devoir limiter le pouvoir du donateur, qui s'est réservé le droit en général de grever de substitution les biens donnés. Ces deux décisions sont d'ailleurs entiérement conformes aux arrêtés de M. le Président de Lamoignon.

PARIS.

A l'égard de la nouvelle libéralité faite par le donateur au donataire, à la charge que les biens précédemment donnés seroient chargés de substitution, cela ne peut former aucun doute, parce qu'en ce cas le donataire ne sera point grevé s'il n'accepte point la nouvelle libéralité; & comme il ne peut l'accepter sans accepter les charges, il est évident qu'il se trouvera grevé par son acceptation, qui ne peut être regardée que comme une acceptation formelle de la substitution.

Ainsi, on estime qu'un donateur ne peut grever de substitution les biens qu'il a précédemment donnés sans aucune charge, si ce n'est qu'il s'en soit réservé le pouvoir, ou qu'il ait fait au donataire une nouvelle libéralité que le donataire ait acceptée.

SEPTIEME QUESTION.

Si le sens dans lequel quelques Parlemens ont entendu les Articles des Ordonnances qui réglent la durée des substitutions, en les étendant jusqu'à quatre degrés outre l'institué, est préférable à celui que d'autres Parlemens donnent aux mêmes Articles, en restreignant la substitution à deux degrés outre l'institué?

PEUT-ÊTRE qu'il n'auroit pas mal été de s'en tenir à la disposition de la Novelle 159, qui, en restreignant à quatre degrés les substitutions autrefois perpétuelles, avoit par-là introduit un

AIX.

A I X.

droit nouveau, moins favorable que l'ancien, qui permettoit les substitutions directes à l'infini; & qu'ainsi, puisque l'Ordonnance de Moulins portoit, que les substitutions auroient lieu jusqu'au quatrieme degré inclusivement, & qu'elle rappelloit, en quelque maniere, la disposition de la Novelle qui avoit été abrogée par l'art. LIX de l'Ordonnance d'Orléans, il falloit, ce semble, saisir l'interprétation qui avoit été donnée par MM. les Présidens Brisson & Montholon, & par le Parlement de Toulouse, à la derniere de ces Ordonnances, parce que cette interprétation rameneroit à la disposition du Droit Romain.

Cependant, comme d'un côté; le véritable sens de l'Ordonnance de Moulins étoit, qu'il n'y avoit que les substitutions établies, avant la publication de l'Ordonnance d'Orléans, qui fussent portées à quatre degrés, que d'ailleurs on crut que les substitutions & fidéicommis, quoique propres à conserver l'état des familles, étoient néanmoins peu favorables, ce Parlement, par un ancien Arrêt du 31 Janvier 1638, interprétant l'Ordonnance de Moulins, suivant le sens le plus naturel, fixa à deux degrés, l'institué non compris, les fidéicommis faits postérieurement à la publication de l'Ordonnance d'Orléans, lequel Arrêt a été suivi de plusieurs autres, qui ont établi sur ce point une Jurisprudence uniforme & un usage constant (*a*), qu'il seroit, ce semble, dangereux de renverser; & comme cette Jurisprudence & cet usage sont exactement conformes à la lettre de l'Ordonnance, il semble que s'il est à décider quelle des Jurisprudences doit être abrogée, ou celle qui proroge les substitutions jusqu'au quatrieme degré, ou celle qui les restreint à deux degrés outre l'institution, il conviendroit d'abroger plutôt la Jurisprudence qui s'est éloignée du véritable esprit de l'Ordonnance, que celle qui est fondée sur son expresse disposition.

M. Le Bret.

L'on réduit, en Provence, le fidéicommis à deux degrés outre l'institution, ce qui fait trois degrés en tout, plus l'on en tolere, plus le mal est grand; ainsi l'usage du Parlement de Provence semble préférable à celui des Parlemens qui les allongent beaucoup davantage, ce qui cause bien plus de procès, sans produire l'effet que l'on s'en promet sans doute; car les déductions consomment

(*a*) Boniface, tom. 2, liv. 2, tit. 2, chap. 9.

la plus grande partie des fidéicommis, & les fraix achevent de consommer le reste bien long-temps avant qu'ils parviennent à ce dernier degré.

AIX.

EN Provence les fidéicommis sont restreins à deux degrés outre l'institution, & cette restriction semble préférable à l'usage des Parlemens qui étendent les fidéicommis jusqu'au quatrieme degré outre l'institué, parce que cette extension de degrés de fidéicommis ne cause que des procès.

M. DE CORMIS. Avocat.

LA Jurisprudence du Parlement de Bordeaux est, en quelque façon, mitoyenne entre celle du Parlement de Paris & Toulouse, en ce que si d'un côté nous étendons les substitutions jusqu'à quatre degrés *dempta institutione*, de l'autre nous comptons les degrés de substitution par têtes & non par souches, nous croyons cet usage préférable aux autres, & qu'il satisfait, tout à la fois, au but de l'Ordonnance, qui a été de donner des bornes raisonnables aux substitutions, & au desir si naturel à tous les hommes de conserver leurs biens dans leurs famille. Signés, *Gilles de Lacase*, *Le Berthon*, *d'Albessard*, *Bigot*, *Jegun*, *Le Moncreau*, *Loyal*, *Dudon*, *du Viguier* & *de La Tresne*.

BORDEAUX.

LES substitutions sont graduelles & perpétuelles en Franche-Comté, où l'on suit la disposition du Droit qui les autorise. Au commencement du dernier siecle il fut question de changer cet usage, le Parlement de Dole, consulté sur ce point, demanda qu'il fût confirmé, & on n'envoya pas, effectivement dans la Province, l'Edit des Archiducs de 1611, qui limite les substitutions. En 1707 on renouvella la même affaire, le Parlement de Besançon fit aussi de nouvelles remontrances, pour qu'on laissât subsister les choses comme elles étoient, & se borna à demander que les substitutions fussent assujetties à la nécessité de la publication & de l'enrégistrement. La réponse de M. le Chancellier de Pontchartrain, du 25 Juillet de la même année, fut que le Roi n'avoit pas jugé à propos de restreindre les substitutions dans la Province, & on se contenta d'adresser au Parlement la Déclaration, qui ordonne qu'elles seront publiées à peine de nullité.

BESANÇON.

Quoiqu'il paroisse, par ce qui vient d'être dit, que l'usage des substitutions graduelles & perpétuelles soit bien affermi en Franche-Comté, il y a lieu de croire, que dans le dessein où l'on est de

BESANÇON.

faire des Loix uniformes & générales sur la matiere des substitutions, on prendra plutôt le parti de l'assujettir aux maximes du Royaume, que de vouloir régler ces autres Provinces par ce qui se pratique dans celle-ci ; mais indépendamment de cette premiere réflexion, il faut convenir de bonne foi, que les substitutions graduelles & perpétuelles produisent de grands inconvéniens, en ce qu'elles retranchent du commerce une quantité considérable de terres & d'immeubles, qu'elles privent les héritiers fiduciaires de la liberté d'aliéner pour de causes justes & avantageuses, & que l'on voit souvent, dans les familles, le plus indigne des enfans recueillir un fidéicommis qui le fait vivre dans l'opulence, pendant que ceux qui seroient les plus propres à soutenir l'éclat de leurs noms manquent du nécessaire.

Des inconvéniens si préjudiciables au bien public, paroissent infiniment supérieurs aux raisons que l'on peut alléguer en faveur des substitutions graduelles & perpétuelles, & il est certain que dès que l'on voudra écarter les préjugés qui forment l'habitude, on abandonnera des principes qui blessent ouvertement l'utilité générale ; ainsi, dans la supposition que l'on prenne ce parti, il reste deux observations à faire.

La premiere concerne la question proposée, sur laquelle les Commissaires estiment, que l'on doit préférer la Jurisprudence des Parlemens qui ont étendu les substitutions jusqu'à quatre degrés, l'institué non compris ; en effet, les substitutions réduites à deux degrés, outre l'institué, seroient de si peu de durée, qu'il vaudroit presque autant les anéantir que d'en restreindre le cours à trois générations seulement. Si d'un côté on a dit qu'elles dérangeoient le commerce & produisoient des inconvéniens, de l'autre elles peuvent être utiles pour conserver les familles dans un certain éclat, & prévenir la dissipation des enfans. Au milieu de ces deux extrêmités, il paroît équitable de prendre un tempérament qui se trouve dans les quatre degrés outre l'institué, & c'est aussi celui qui a été approuvé par l'Ordonnance du Roi de Sardaigne de l'année derniere, *liv.* 5, *tit.* 2, *des fidéicommis*, *art.* 7, lequel réduit les fidéicommis des biens allodiaux à quatre degrés, qui se compteront par tête & non par souche, sans y comprendre l'héritier institué ; il ne parle pas des biens féodaux qui se réglent différemment, & qui ne peuvent, en Piémont, être transmis à des étrangers.

La seconde observation consiste dans la maniere dont on réglera les

les substitutions qui sont faites, il paroît que le seul parti à prendre à cet égard est, de déclarer que pour les substitutions du passé qui ont été enrégistrées & publiées à la faveur des Edits, les quatre degrés, outre l'institué, commenceront seulement à courir depuis la publication qui sera faite de la nouvelle Loi; c'est ainsi qu'il en a été usé en pareil cas dans d'autres Provinces. Fait & arrêté le 21 Août 1730. Signés, *Boisot*, *Espiard*, *Tinsean*, *Dorol*, & *Boquet* de *Courbouson*.

BESANÇON.

LES Ordonnances qui réglent la durée des substitutions nous sont inconnues : par notre usage les substitutions sont perpétuelles & peuvent durer à l'infini, en quoi nous sommes fondés sur le §. 15, *de la Loi* 88, *ff. de legat.* 2°.

COLMAR.

Il est vrai que la Novelle 159 semble les restreindre à quatre degrés; mais comme c'est une exception à la regle générale dans un cas particulier, cette disposition ne doit point être tirée à conséquence pour les degrés de substitution en général, lesquels, en Pays de Droit Ecrit, ne sont limités qu'autant qu'il plaît à celui qui substitue.

Si nous avions à nous déterminer sur la question présente, nous embrasserions bien plutôt le sentiment des Parlemens, qui étendent les degrés de substitution, que l'avis de ceux qui les restreignent. Signés, de *Corbeson*, *Holdt*, *Muller* & *Mulle*.

DANS les Pays de Bresse, Bugey, Gex & Valromay, qui ont été réunis à la Couronne par l'échange du Marquisat de Saluces, fait à Lyon le 17 Janvier 1601, on distingue les substitutions faites avant ou depuis cet échange, les premieres sont fixées à quatre degrés, & les autres à deux degrés outre l'institué.

DIJON.

Au Duché de Bourgogne, les substitutions antérieures à l'Ordonnance d'Orleans sont étendues jusqu'à quatre degrés, & celles qui sont postérieures sont restreintes à deux degrés, non compris en l'un & l'autre l'institution & premiere disposition.

Le sens dans lequel ce Parlement a entendu les art. LIX de l'Ordonnance d'Orleans, & LVII de l'Ordonnance de Moulins, paroît préférable à celui que d'autres Parlemens donnent aux mêmes articles, en étendant indistinctement toutes les substitutions jusqu'à quatre degrés. Cette derniere explication semble résister au texte, à l'esprit & au motif de l'Ordonnance de Moulins, qui en cette rencontre n'a fait qu'expliquer l'Ordonnance

DIJON.

ſans l'abroger, & qui n'a eu pour objet que de fixer la durée des ſubſtitutions faites auparavant. Signés, de *La Marre*, *Bouhier*, *Lantin*, *Fijan*, *J. David*, *Bazin*, *Mayrelet*, de *Minot*, *Normand* puîné & *Thiery*.

FLANDRES.

LES Ordonnances de Moulins & d'Orleans, qui réglent la durée des ſubſtitutions, ne ſont point reçues dans notre reſſort; la durée des ſubſtitutions y eſt fixée par l'Edit perpétuel des Archiducs, de l'an 1611, art. VI, dont voici les termes.

»Que toutes les ſubſtitutions ou fidéicommis n'auront effet que »trois fois, y compris l'inſtitution premiere, & au profit de trois »perſonnes, en ce compté la premiere inſtituée.

Et par une interprétation des mêmes Archiducs du 16 Mars 1620, il a été déclaré que quand les biens chargés de fidéicommis ſont parvenus de l'inſtitué au premier ſubſtitué, & du premier ſubſtitué au ſecond, icelui peut vendre & aliéner leſdits biens; cette Loi ſi préciſe ne laiſſe aucun doute ſur la durée des ſubſtitutions dans notre reſſort.

A l'égard des Parlemens qui doivent obſerver l'Ordonnance d'Orleans & celle de Moulins, nous croyons que l'opinion de ceux qui reſtreignent les ſubſtitutions à deux degrés, outre l'inſtitué, eſt préférable à celle des Parlemens qui les étendent juſqu'à quatre degrés outre l'inſtitué. Signés, *Pollinchonc*, *Pinault* de *Bannaux*, *Douche* de *Beaulieu*, *Viſars* de *Ponange*, de *Burges*, *Biſſehop*, *Curpin*, de *Calonne*, J. *Vaymel* & *Duparq*.

GRENOBLE.

LA Juriſprudence du Parlement de Grenoble eſt de reſtreindre les ſubſtitutions à deux degrés outre l'inſtitué. Ce ſens eſt plus conforme aux Ordonnances d'Orleans & de Moulins, & paroît préférable, parce que l'eſprit général de toutes les Ordonnances de France au ſujet des ſubſtitutions, a été de les reſtreindre, bien loin de les étendre. Signés, de *Grammont*, *Lacroix*, de *Sayne*, de *Loyſſin*, *Morel* de *Montrivier*, & *Vidault*, Procureur Général.

METZ.

IL nous paroît que le ſens dans lequel quelques Parlemens ont reſtreint les ſubſtitutions à deux degrés, outre l'inſtitué, eſt préférable à celui des autres Parlemens qui les ont étendu juſqu'à quatre degrés, comme étant plus conformes à la lettre & à l'eſprit des Ordonnances, & plus convenable au repos & à la tranquillité des familles. Signés, de *Montholon*, *J. Pierre*, de *Lange*, *Bertrand Muxac*, *Le Goulon* de *Champel*, *Bonneau* & *Lançon*.

CETTE question n'a pas été jugée dans ce Parlement, parce que les Ordonnances d'Orleans & de Moulins n'y ont pas été registrées, à cause qu'elles sont antérieures à l'union de ce pays à la Couronne de France, & parce que les substitutions n'y sont pas bornées conformément à la disposition du Droit Romain, sauf dans le cas de la prohibition d'aliéner, auquel cas elles sont bornées à quatre degrés, outre l'institué, conformément à la Novelle 159 : hors ledit cas de la prohibition d'aliéner, les substitutions n'ont, parmi nous, d'autres bornes que celles qu'il plaît au testateur ou à la nature d'y mettre.

PAU.

Mais dans les lieux où les Ordonnances d'Orleans & de Moulins ont été registrées, il semble que les degrés des substitutions ont dû être fixés à deux, outre l'institué, l'Ordonnance d'Orleans y est formelle ; & quoique celle de Moulins semble d'abord les étendre jusqu'à quatre, outre l'institué, on s'apperçoit aisément qu'elle n'a entendu parler que des substitutions faites avant l'Ordonnance, puisqu'elle ne fait mention que de celle-là, & par conséquent elle laisse dans la disposition de l'Ordonnance d'Orleans celles faites du depuis.

Mais dans la Loi nouvelle nous croyons, qu'en corrigeant notre Jurisprudence à cet égard, il est convenable de fixer les degrés de substitution à quatre outre l'institution : une plus longue durée causeroit beaucoup d'embarras & multiplieroit les procès, & une plus courte sembleroit trop contraire à l'intention du testateur, qui a souhaité de perpétuer son bien dans sa famille. Signés, de *Gaubert*, *Casaux*, *Mignon*, *Deodat*, *Desclaux*, *Mesplés*, *Bordenave*, *Dejean*, *Lesan*, *Bonecase*, *Casenave* & de *Caseaux*.

PAR la Novelle 159, la prohibition d'aliéner étoit bornée, *usque ad quartum gradum*, il faut observer que le cas décidé par cette Novelle étoit particulier ; car par le Droit Romain, il étoit permis de porter les substitutions à l'infini, §. *potest quis in suo testamento plures gradus heredum facere*, *& deinceps in quantum velit testator substituere*, *leg. penult.* §. *instituto*, *ff. de legat.* 2°. *instit.* §. 1, *tit. de vulg. substit. leg. potest* 36, *de vulgari & pupill. substit.* Cujas, sur la Novelle 159 dit, *nam jus ita est ut liceat in infinitum substituere.*

PAU.
M. DE GAUBERT, premier Président.

Il paroît inutile & superflu de discuter le sentiment des Docteurs rapportés par *Peregrinus de fideicom. art.* 30, *de Mantica de conject. ult. volunt. liv.* 8, *tit.* 13, *& de Fachin controverf. jur. lib.* 4. *q.* 100,

PAU.

y ayant des Auteurs qui fixent les degrés des fidéicommis au quatrieme degré, d'autres les portent à dix degrés, enfin d'autres terminent la durée des fidéicommis à cent ans, ce qui paroît arbitraire & un peu absurde.

Les Auteurs qui portent la durée des substitutions à dix degrés, se fondent sur ce principe, que, *usque ad decimum gradum tantum est successio intestati agnatorum*, ceux qui les fixent à cent ans se déterminent par cette maxime, *quod legatum annuum centum annorum spatio extinguatur*, *leg. annua*, §. *ult. ff. de annuis legat.* L'Ordonnance d'Orleans de 1560, art. LIX, est la premiere qui ait borné le fidéicommis graduel à deux degrés outre l'institution.

L'Ordonnance de Moulins de 1566, art. LVII, amplifiant l'Ordonnance d'Orleans, ordonne que les substitutions faites avant cette Ordonnance, seront restreintes au quatrieme degré outre l'institution. Bretonnier, qui a travaillé très-utilement & fait des observations exactes & des plus judicieuses, atteste que M. le Président Brisson, préposé par le Roi Henri III pour concilier ces Ordonnances, n'a fait qu'un seul article de l'art. LIX de l'Ordonnance d'Orleans, & de l'art. LVII de celle de Moulins, conçu en ces termes.

D'hors-en-avant toutes les substitutions seront restreintes au quatrieme degré, outre l'institution & premiere disposition.

L'Ordonnance de 1629 de Louis XIII, vérifiée au Parlement de Navarre, ne fait nulle mention du nombre des degrés des substitutions, ordonnant simplement que les degrés seront comptés par tête & non par souches & générations.

Le Parlement de Paris, par les anciens Arrêts après ces Ordonnances, jugea que les substitutions devoient être portées jusqu'au quatrieme degré outre l'institution; mais les derniers Arrêts, depuis celui du 18 Février 1645 (rapporte M. Portail, *consultis classibus*) ont borné les substitutions à deux degrés outre l'institution. *Marie Ricard des substit. tit.* 3, *chap.* 9, *sect.* 6, *n.* 8, 10 *& suiv.*

Les Parlemens de Grenoble & d'Aix, ont accepté la Jurisprudence du Parlement de Paris, bornant les degrés des substitutions à deux degrés outre l'institution. *M. Expilly*, pour le Parlement de Grenoble, *chap.* 124 *&* 146. *Boniface* rapporte des Arrêts du Parlement d'Aix, *tom.* 1, *liv.* 2, *chap.* 9.

La Jurisprudence du Parlement de Bordeaux porte les degrés de substitution jusqu'au quatrieme degré outre l'institution. *Lapeyrere*, *lettre S*, *n.* 123.

Le Parlement de Toulouſe a été toujours conſtant, portant les degrés juſqu'au quatrieme, outre l'inſtitution. M. Dolive, liv. 5, chap. 10. M. Cambolas, liv. 3, chap. 7.

PAU.

Quoique les ſubſtitutions gênent le commerce, la liberté des diſpoſitions, & produiſent des procès ; c'eſt par cette voie auſſi que l'ancienne nobleſſe & les grandes maiſons, les colomnes de l'Etat ſe ſoutiennent, & qu'on met des bornes à la diſſipation de certaines perſonnes.

Le Parlement de Navarre, qui n'a point reçu les Ordonnances d'Orleans ni de Moulins, porteroit, ſuivant le Droit Ecrit, les ſubſtitutions à l'infini ; mais l'on eſtime qu'il conviendroit de fixer les degrés des ſubſtitutions au quatrieme outre l'inſtitution.

ROUSSILLON.

Les Ordonnances qui ont réglé la durée des ſubſtitutions n'ont jamais été exécutées en Rouſſillon, où elles n'ont pas été envoyées ni enrégiſtrées, la Province n'ayant été unie à la Couronne, par le traité des Pyrenées, que près d'un ſiecle après la promulgation de ces Loix; ainſi les ſubſtitutions à l'infini y ont toujours été reçues par une Juriſprudence conſtante & invariable du Conſeil ſouverain de Rouſſillon, tout comme elles étoient reçues dans le Royaume avant l'Ordonnance d'Orleans de 1560.

On a cru même qu'il étoit néceſſaire de rappeller, dans cet endroit, qu'il eſt important aux ſujets du Roi, habitans en Rouſſillon, d'être conſervés dans cet uſage ; car, comme par l'art. LVI du traité des Pyrenées, le droit de ſucceſſion, ſoit légitime, ſoit teſtamentaire, eſt conſervé entre les ſujets du Roi, habitans en Rouſſillon, & les habitans en Catalogne, ſujets du Roi Catholique, s'il arrivoit qu'on exclût les ſujets du Roi d'Eſpagne d'une ſucceſſion des biens ſitués en Rouſſillon, à laquelle ils ſeroient appellés par un fidéicommis infini & perpétuel, parce qu'ils ſe trouveroient hors du degré réglé par les Ordonnances, on ne manqueroit pas, en Catalogne, par une raiſon d'égalité, d'exclure de la ſucceſſion des biens ſitués en Catalogne les ſujets du Roi, habitans en Rouſſillon, qui ſeroient dans le même cas ; & comme le nombre des familles établies en Catalogne eſt beaucoup plus grand, & que les biens, qui ſont la matiere de ces ſubſtitutions, ſont bien plus conſidérables en Catalogne, qui eſt une Province d'une grande étendue, que ceux qui ſont dans la petite Province du Rouſſillon, il arrive bien plus ſouvent que les ſujets du Roi ſuccédent à ceux du Roi Catholique ; ainſi il importe aux ſujets du Roi, habitans

ROUSSILLON.

dans le reſſort, d'être conſervés dans ces avantages, l'extinction des branches domiciliées en Catalogne étant plus ordinaire, à cauſe qu'étant en plus grand nombre, elles donnent auſſi plus ſouvent occaſion à ces événemens caſuels. Ce ſont les obſervations que le Conſeil ſouverain a cru devoir faire, à cauſe qu'elles ſont particulieres aux habitans de ſon reſſort.

Après quoi répondant à la queſtion, il eſtime que le ſens par lequel quelques Parlemens ont reſtreint les Ordonnances à deux degrés pour les ſubſtitutions faites après l'enrégiſtrement de celle d'Orleans, eſt préférable à celui des autres Parlemens qui l'étendent juſqu'au quatrieme, ſoit que les ſubſtitutions ſoient faites avant ou après l'enrégiſtrement de l'Ordonnance d'Orleans.

Les motifs conſiſtent, en ce que l'Ordonnance de 1650, art. LIX, décide que les ſubſtitutions n'auront pas lieu après deux degrés, non compris l'inſtitution & premiere diſpoſition; mais comme cette Ordonnance ne régloit que les diſpoſitions qui ſeroient faites après les nouvelles Loix, n'étant cenſées diſpoſer que pour l'avenir, & que d'ailleurs ce terme d'avenir ſe trouve littéralement dans la Loi, on avoit raiſon de croire que les ſubſtitutions faites avant n'étoient pas compriſes dans cette diſpoſition; en ſorte qu'en 1566 ce même Roi rendit l'Ordonnance de Moulins, par laquelle étendant & amplifiant l'Ordonnance d'Orleans, il ordonna que toutes les ſubſtitutions faites, avant celle d'Orleans, ſeront reſtreintes à quatre degrés, outre l'inſtitution & premiere diſpoſition.

Cette derniere Ordonnance comprend les ſubſtitutions faites avant celle d'Orleans, qui n'avoit pas été compriſe dans la premiere, & c'eſt en quoi conſiſte ſon extenſion & amplification; mais elle laiſſe toujours une différence entre celles qui ſont antérieures ou poſtérieures à celle d'Orleans, qui conſiſte en ce que les poſtérieures ſont bornées à deux degrés, & les antérieures à quatre; c'eſt le ſens le plus littéral & le plus naturel de ces deux Ordonnances.

Cependant le Parlement de Toulouſe s'eſt éloigné de ce ſens, eſtimant que cette derniere Ordonnance établiſſoit une uniformité entiere entre les ſubſtitutions faites avant ou après, en les fixant toutes à quatre degrés, ce ſentiment eſt auſſi celui du célebre Préſident Briſſon (*a*), qu'on dit avoir été commis, par le Roi Henri III,

(*a*) C'eſt ainſi que le rapporte M. Bretonnier dans ſon recueil, *verb.* ſubſtitutions; cela eſt rapporté différemment par Ricard, *verb.* ſubſtitutions.

pour recueillir toutes les Ordonnances, lequel, dans son recueil, a réuni ces deux articles en ces termes.

ROUSSILLON.

D'hors-en-avant toutes les substitutions seront restreintes au quatrieme degré, outre l'institution & premiere disposition.

C'est ce qui a donné lieu à ces diverses interprétations. Le Parlement de Toulouse a adopté le sens qui étoit le plus conforme au génie des peuples de son ressort, qui étant régis par le Droit Ecrit, regardent comme une chose onéreuse (*a*) tout ce qui restreint la liberté des dernieres dispositions; ainsi il a étendu toutes les substitutions indifféremment à quatre degrés, qui est le sens le plus favorable à cette liberté. Le long usage de cette Jurisprudence, toujours constante dans ce Parlement pendant près de deux siecles, qui fait présumer la connoissance & la tolérance du Législateur, donne à cette Jurisprudence, sinon l'autorité d'une volonté expresse, du moins celle d'une volonté tacite, par une condescendance du Prince, en faveur de ses peuples accoutumés à la liberté des dernieres dispositions, ainsi qu'il sera dit sur la question suivante. Signés, *Deponte d'Albaret*, *Dupont*, de *Villars*, *Collarés*, *Bonnet* de *Romanya*, *Gispert*, de *Fulla*, *Regnés*, *Desprès*, *Bonnet* & *Sans*.

TOULOUSE.

L'avis sur la question huit est ensuite.

SUIVANT la Jurisprudence du Parlement de Toulouse, la durée des substitutions graduelles & perpétuelles est fixée à quatre degrés inclusivement outre l'institution.

Le Droit Romain n'avoit pas mis des bornes à ces substitutions, il les laissoit porter à l'infini, §. 1, *instit. de vulg. leg.* 88, §. 15, *de leg.* 2°.

La disposition des Ordonnances d'Orleans & de Moulins, a donné lieu au Parlement de Toulouse d'en restreindre la durée à quatre degrés.

L'Ordonnance d'Orleans, du mois de Janvier 1560, art. LIX, défendoit aux Juges d'avoir aucun égard aux substitutions qui se feroient, outre, & plus avant, deux degrés après l'institution de icelle non comprise. Le Parlement de Toulouse fit au Roi des remontrances, qui paroissent avoir été autorisées par l'art. LVII de l'Ordonnance de Moulins, qui restreint les substitutions à quatre degrés outre l'institution, & déroge par conséquent à la disposition de l'Ordonnance d'Orleans.

La limitation à quatre degrés trouve son fondement dans la

(*a*) *in dubiis favore libertatis.*

TOULOUSE.

Novelle 159, suivant laquelle la prohibition perpétuelle d'aliéner ne s'étend pas au-delà de la quatrieme génération ; il paroît donc raisonnable de préférer la Jurisprudence des Parlemens qui portent la durée des substitutions à quatre degrés inclusivement outre l'institution, à celle des Parlemens qui les restreignent à deux degrés.

Par ce moyen on pourvoit à la manutention des familles qui ne peuvent se soutenir que par la conservation des biens que les substitutions y transmettent, & on garde un juste tempéramment entre la faculté de substituer sans bornes que le Droit Romain laissoit aux testateurs, & la restriction contenue en l'art. LIX de l'Ordonnance d'Orleans.

Quant à la huitieme question ; savoir, *si les degrés doivent être comptés par souches ou par têtes*, le Parlement de Toulouse compte par souches & non par têtes, par cette raison que les enfans d'un même pere, en quelque nombre qu'ils soient, ne forment qu'une seule génération & qu'un seul degré, *inter filios & filias non sunt plures gradus sed sunt, consistuntque omnes in uno*, le mot degré ou génération étant synonymes (*a*).

L'Ordonnance de 1629, art. CXXIV, porte, à la vérité, que les degrés de substitution seront comptés par têtes & non par souches ; mais cette Ordonnance fut enrégistrée, avec cette modification, par rapport à l'art. CXXIV, que l'usage contraire, reçu au Parlement de Toulouse, seroit gardé, aussi a-t-il été gardé depuis sans contradiction.

Il paroît donc qu'il y a lieu de le maintenir pour ne pas exclure de la substitution tous ceux qui se trouvant dans le même degré, sont nécessairement compris dans la substitution graduelle par les termes du testament, & par les vues du testateur qui ont été de conserver, dans les différens degrés ou dans les différentes générations, les biens qu'il a substitué.

Ainsi nous croyons qu'il y a lieu de maintenir la maniere de compter les degrés par souches & non par têtes. Signés, le *Président Daspe*, *Comere* de *Labastide*, *Pegueyroles*, *Bastard*, de *Catellan-Lamasquere*, *Azemar*, *Cassand*, *Aymar*, *Caussade*, de *Celés*, *Parasa*, *Daspe* de *Meillan*, & *Le Masuyer*, Procureur Général.

(*a*) Maynard, liv. 8, chap. 1. Dolive, liv. 5, chap. 10. Cujas, *de linea cognat. liv.* 1, §. 3, 4 & suiv. *& leg.* 9, *ff. de grad. & affin.* & suiv. la note de la Glose sur la Novelle 159.

PAR

PARIS.
M. le Procureur Général.

PAR la lecture de l'art. LIX de l'Ordonnance d'Orleans, & de l'art. LVII de l'Ordonnance de Moulins, il eſt évident que l'intention de ces Loix a été de borner toutes les ſubſtitutions à deux degrés outre l'inſtitution, & que la fixation faite à quatre degrés ne l'a été que pour les ſubſtitutions faites avant l'Ordonnance d'Orleans.

Ainſi on ne peut attribuer l'uſage contraire de quelques Parlemens où ces Ordonnances ont été enrégiſtrées, & qui ne laiſſent pas d'étendre les ſubſtitutions à quatre degrés, qu'à l'attachement que ces Parlemens ont pour l'étendue des ſubſtitutions; tel a été le motif du Parlement de Toulouſe & de Bordeaux; cependant le Parlement de Pau & le Conſeil de Rouſſillon, quoiqu'ils obſervent l'étendue indéfinie (les Ordonnances d'Orleans & de Moulins n'y ayant pas été enrégiſtrées) conviennent néanmoins que la lettre des Ordonnances eſt de borner à deux degrés. Ceux d'Aix & de Grenoble ont toujours entendu l'Ordonnance de deux degrés ſeulement; & ceux de Dijon, Metz, Flandres & Beſançon, donnent le même ſens aux Ordonnances.

Mais en faiſant une nouvelle Loi, eſt-il plus avantageux de ſe déterminer par les quatrieme ou deuxieme degrés? ou convient-il même de ne point borner les ſubſtitutions, ſoit par-tout le Royaume, ſoit du moins pour les Parlemens où ces Ordonnances n'ont point été enrégiſtrées? c'eſt le véritable objet de la difficulté.

Les préjugés différens de chaque Province, ſoit en faveur, ſoit contre les ſubſtitutions, ſont le véritable motif des différens ſuffrages.

Le Parlement de Toulouſe, qui a ſuivi l'uſage des quatre degrés, croit que c'eſt un juſte tempérament entre l'étendue indéfinie & la fixation à deux degrés, en comptant même par ſouches & non par têtes.

Le Parlement de Bordeaux qui compte par têtes, & qui étend à quatre degrés, croit que c'eſt un milieu raiſonnable entre l'uſage du Parlement de Paris & celui de Toulouſe.

Le Parlement de Pau prend auſſi le milieu entre ſon uſage d'admettre les ſubſtitutions à l'infini & les deux degrés de l'Ordonnance, & croit que la fixation à quatre degrés devroit être la déciſion de la nouvelle Loi, & c'eſt auſſi le ſentiment de M. Gaubert.

Il en eſt de même du Parlement de Beſançon & du Conſeil d'Alſace, dont l'uſage eſt de ne point reſtreindre les ſubſtitutions, parce que les Ordonnances n'y ont point été enrégiſtrées.

PARIS.

Le Parlement d'Aix & de Grenoble, au contraire, ont suivi la lettre de l'Ordonnance d'Orleans, & quoique les premieres paroissent tenter d'étendre les degrés, son suffrage cependant se réunit pour les deux degrés, aussi-bien que celui de M. Le Bret & de M. de Cormis, parce que c'est restreindre, & restreindre avec raison les fidéicommis qui gênent si fort la liberté du commerce.

Les Parlemens de Dijon & de Flandres, paroissent aussi plus portés à restreindre la substitution à deux degrés, & celui de Metz se détermine à ce sentiment, comme plus conforme au repos & à la tranquillité des peuples.

Si les Cours se trouvent partagées entre décider pour les quatrieme ou pour les deuxieme degrés, il semble du moins qu'il n'y en aie aucune qui croie qu'on doive établir la liberté indéfinie de substituer : ou si quelques-unes l'ont proposé, ce n'est que pour leur ressort, & par rapport à leurs usages particuliers que l'on examinera dans la suite ; mais par rapport à la Loi générale, rien ne paroît devoir autoriser la décision en faveur de la substitution indéfinie.

Pour décider entre les quatrieme ou les deuxieme degrés s'il y a partage de sentimens, l'Ordonnance d'Orleans, l'usage actuel du Parlement de Paris, & plus encore le procès & les inconvéniens des substitutions, semblent devoir se réunir pour restraindre à deux degrés toutes sortes de substitutions.

Cette décision laisse encore deux différens points à examiner, l'un des usages particuliers que quelques Parlemens voudroient conserver ou qu'il faudroit abolir, l'autre la maniere dont on réglera le passé pour les Provinces où l'Ordonnance d'Orleans n'a point été observée.

A l'égard du premier point il regarde le Parlement de Pau, les Conseils d'Alsace & de Roussillon.

Le Parlement de Pau, malgré son usage de conserver les degrés à l'infini, conformément aux Loix Romaines, à l'exception du cas de la Novelle 159, qui bornoit à quatre générations la prohibition d'aliéner, paroissant se restreindre à fixer la substitution à quatre degrés, il ne paroîtroit rien à régler sur ce sujet dans la vue qu'on propose de les restreindre à deux, s'il n'y avoit un réglement particulier dans le Bearn de l'année 1637, qui laissoit les biens substitués dans la liberté du commerce, jusqu'à ce que le grevé en eût fait interdire la faculté, ce qui équipolloit à la publication.

M. de Gaubert remarque que ce réglement paroît avoir été aboli par la Déclaration du 17 Novembre 1690, & sa remarque paroît bien fondée ; mais l'observation qu'il fait, que pour ôter tout équivoque il seroit à desirer que la nouvelle Loi l'abrogeât nommément, ne paroît pas moins solide.

Le Conseil d'Alsace ne peut rien faire changer à la décision ; car quoiqu'il observât les substitutions indéfinies, hors le cas de la Novelle, il ne laisse pas de se déterminer pour les quatre degrés, & les motifs dont on vient de parler sont trop forts pour ne pas se fixer aux deux.

Le Conseil de Roussillon semble apporter de plus fortes raisons pour conserver les degrés à l'infini, par le droit de succession réciproque conservé par le traité des Pyrenées, entre le Roussillon & la Catalogne, où les substitutions ont lieu à l'infini ; mais indépendamment de l'uniformité de la Loi qui doit être toujours un puissant motif contre les exceptions. Cette succession réciproque, par rapport à la Catalogne, doit-elle être une raison plus forte pour étendre les degrés que la succession réciproque du Roussillon & de tout le reste du Royaume où les substitutions sont bornées ?

Le second point n'a pas paru difficile à décider, si on le détermine à fixer les substitutions à deux degrés : il semble d'abord qu'on pourroit suivre la route tracée par l'Ordonnance de Moulins, en distinguant les substitutions passées dont le droit est échu & acquis aux personnes vivantes auxquelles on ne doit point préjudicier ; on a cru cependant que cela étoit tellement de droit, qu'on pourroit n'en point faire mention.

Mais à l'égard des substitutions non échues, on a cru que la regle la plus simple étoit, soit pour les Provinces où les quatre degrés étoient en usage, soit pour celles où les substitutions étoient encore indéfinies, de leur conserver encore deux degrés à compter du jour de la nouvelle Loi, pourvu cependant que ces deux degrés ne prorogeassent pas la substitution au-delà du terme porté par la substitution même.

Ainsi on estime qu'il y a lieu d'ordonner, *que toutes les substitutions qui seroient faites à l'avenir, soit par donation entre-vifs ou testamentaire, soit par contrat de mariage ou autres actes, ne pourront avoir lieu que pour deux degrés seulement en quelques termes qu'elles soient conçues, en iceux degrés non compris les personnes de l'institué donataire ou légataire, & à l'égard des substitutions faites du passé, desquelles le droit n'est échu ni acquis à per-*

PARIS. *sonnes vivantes*, soit dans les Provinces où les substitutions étoient ci-devant portées à quatre degrés, soit dans celles où l'usage étoit de conserver les degrés à l'infini, on a estimé *de les conserver pour deux degrés, outre & par dessus les degrés remplis à compter du jour de la nouvelle Loi, si tant les substitutions devoient durer.*

HUITIEME QUESTION.

Si les degrés doivent être comptés par souches ou par têtes.

AIX. COMME l'on croit que le véritable esprit de l'Ordonnance est de compter les degrés par les personnes qui ont effectivement recueilli & non par les souches, & que c'est la Jurisprudence inviolablement observée en ce Parlement, l'on estime que cette Jurisprudence doit être conservée, d'autant mieux qu'elle est moins susceptible d'embarras.

Il est vrai qu'en comptant par têtes & non par souches, on s'est éloigné de la disposition du Droit Romain, dont une Province, régie par le Droit Ecrit, devoit, ce semble, être jalouse. En effet, le chap. 2 de la Novelle 159, en parlant des degrés, elle les compte par génération. *Si post quatuor demum generationes hujusmodi quæstionem produceremus in medium;* de sorte que la maxime de compter par souches étant un retour au Droit Romain, devroit être regardée comme favorable, si le préjugé de l'usage n'avoit éteint cette faveur.

M. LE BRET. L'ON compte en Provence les degrés par tête de ceux qui ont recueilli le fidéicommis, & cette Jurisprudence paroît préférable à celle des Parlemens qui comptent par souches, en quoi l'on trouve le même inconvénient observé sur la question septieme.

M. DECORMIS, Avocat. LES degrés, en Provence, sont comptés par têtes & non par souches, comme à Toulouse, par la même raison de l'abréviation des procès.

BORDEAUX. DANS notre usage, comme on l'a dit sur la question précédente, chaque tête, en matiere de substitution, fait un degré. Signés, *Gillet* de *Lacase*, *Le Berthon*, *d'Albessard*, *Bigot*, *Jegun*, *Le Moncreau*, *Loyal*, *Dudon*, *Du Vigier* & de *La Tresne*.

HUITIEME QUESTION.

Si les degrés doivent être comptés par souches ou par têtes.

BESANÇON.

NEUVIEME QUESTION.

S'il y a quelques distinctions à faire sur les questions précédentes entre les nobles & les roturiers.

DIXIEME QUESTION.

Si ceux qui sont appellés, conjointement à une substitution, doivent être comptés pour un seul degré ou par plusieurs.

ONZIEME QUESTION.

Si celui en faveur de qui la substitution est ouverte de droit, mais qui ne l'a pas de fait, est censé remplir un degré.

Si la simple demande formée par celui à qui le droit est échu, le doit faire compter pour un degré.

Il n'est pas possible de rapporter, sur les questions des 8, 10 & 11 articles, la Jurisprudence du Parlement de Franche-Comté, soit parce qu'elles ne se sont pas présentées à juger dans le ressort où les substitutions sont graduelles & perpétuelles, soit parce que dans les procès évoqués des autres Parlemens ces sortes de difficultés n'ont pas été agitées. Quoiqu'il en soit, il paroît que l'art. CXXIV de l'Ordonnance de 1629, qui a établi que les degrés doivent se compter par têtes dans les substitutions fidéicommissaires, est le plus conforme à l'esprit des Loix précédemment faites sur cette matiere; c'est aussi la décision de l'art. III, du tit. II, du liv. 5 des fidéicommis de la nouvelle Ordonnance du Roi de Sardaigne.

On convient que, dans tout autre cas, les enfans d'un même pere, étant tous compris dans une même génération, ne forment qu'un degré dans cette ligne *inter filios & filias, non sunt plures gradus, sed sunt consistuntque omnes in uno, Cujas, consult.* 15; mais lorsqu'il s'agit de finir l'étendue des substitutions par degrés, on

BESANÇON.

ne peut réguliérement le faire qu'en distinguant les degrés par le nombre des possesseurs du fidéicommis, autrement il arriveroit que dans l'accomplissement d'une Loi générale, la durée des substitutions ne seroit pas égale, & on laisseroit subsister deux difficultés considérables agitées dans les Parlemens, où l'on juge que les degrés doivent être comptés par souches & non par têtes, savoir si lorsque la substitution concerne les collatéraux, on doit admettre le même principe, & si ce principe doit aussi avoir lieu dans le cas où il y a une interruption de degrés, lorsque, par exemple, le frere recueille la substitution qui a passé au neveu; on levera tous ces doutes, si on établit que les degrés se comptent par têtes, & dès qu'il s'agit de faire une Loi nouvelle, il est à propos de prévenir les inconvéniens que l'on a remarqués dans l'exécution de celles qui ont été précédemment faites.

Pour que chaque substitué fasse un degré, il faut que chacun en particulier ait recueilli séparément la substitution, & que tous n'aient pas été appellés conjointement; il en seroit de même s'ils avoient été appellés tous les uns après les autres, par forme de substitution vulgaire qui se rencontre souvent dans le fidéicommis, & que l'on connoît assez par les termes *à défaut d'un tel, &c.* car en ce dernier cas étant saisi en même temps du fidéicommis, ou l'un à défaut de l'autre, cela ne doit être compté que pour un degré, par la raison que la supputation des degrés doit être faite *ordine successivo*, & qu'il faut une transmission de l'un à l'autre; au surplus, celui qui n'a pas reconnu le fidéicommis, ou ne s'est pas mis en devoir de le recueillir ne peut pas être compté, il faut que les degrés aient leur effet & l'accomplissement, sans que l'on puisse dire, au contraire, que la maxime *le mort saisit le vif* repugne à ce sentiment, puisque cette maxime n'a lieu que lorsque l'héritier a accepté, & que suivant les principes du Droit, nul n'est héritier qui ne veut; c'est ce qui est parfaitement décidé par la Loi *si quis, ff. unde lib.* Celui qui demeure dans le silence, *non petita bonorum possessione*, fait place à son successeur, & à l'égard de celui-ci *ita integra sunt omnia æque ac si alter non fuisset.* Enfin pour que le substitué soit compté, il faut non-seulement qu'il ait eu connoissance de son droit, mais encore qu'il ait marqué son intention à vouloir l'exercer par quelqu'acte qui ne laisse aucun doute de sa volonté. Pour ce qui est de la distinction proposée dans le neuvieme article, à l'égard des nobles & des roturiers, on s'est suffisamment expliqué à ce sujet par ce qui a été dit sur l'art. III; & s'il

y en avoit à faire, on estime qu'on pourroit restreindre à deux degrés, les substitutions faites au profit des roturiers ou par des roturiers, & à quatre degrés celles qui seroient faites par des nobles au profit des nobles. BESANÇON.

Ainsi les Commissaires estiment à l'égard des art. 8 & 10, qu'il convient de déterminer que dans les substitutions fidéicommissaires les degrés seront comptés par têtes & non par souches, ce qui doit s'entendre lorsque chaque substitué aura recueilli le fidéicommis, en exceptant de la regle ceux qui sont appellés conjointement, lesquels ne faisoient qu'un degré : ils estiment aussi que la simple demande formée par celui à qui le droit est échu le doit faire compter pour un degré. Fait & arrêté le 21 Août 1730. Signés, *Boisot*, *Espiard*, *Tinseau*, *Dorol* & *Boquet de Courbouson*.

NOTRE sentiment sur la question précédente découvre notre avis sur celle-ci, nous regardons les substitutions comme favorables, nous pensons qu'elles peuvent être perpétuelles & à l'infini; donc, s'il étoit question de les restreindre, nous n'hésiterions pas à compter les degrés par souches & non par têtes. Signés, de *Corbeson*, *Holdt*, *Muller* & *Mulle*. COLMAR.

DANS tout le ressort de ce Parlement, on observe exactement l'art. CXXIV de l'Ordonnance de 1629, qui porte que les degrés des substitutions seront comptés par têtes. Cette maniere de compter est plus réguliere & plus facile, & il paroît qu'il seroit à propos de la rendre générale par-tout le Royaume. Signés, de *La Marre*, *Bouhier*, *Lantin*, *Fijan*, *J. David*, *Basin*, *Mairelet*, *Du Minot*, *Normand* puîné, & *Thiery*. DIJON.

NOUS jugeons, sans difficulté, en conséquence de l'Edit perpétuel, que borner l'effet des substitutions au profit de trois personnes, que les degrés doivent être comptés par têtes & non par souches. Signés, *Polinchon*, *Pinault* de *Bannaux*, *Douche* de *Beaulieu*, *Visant* de *Ponange*, de *Burges*, *Bisshop*, *Curpin* de *Calonne*, *J. Vaymel*, *Duparq* & *Vernimen*. FLANDRES.

LES degrés des substitutions ont toujours été comptés en Dauphiné par têtes. Signés, *Grammont*, premier Président, *Lacroix* de *Sayne*, de *Leyssius*, *Morel*, *Montrivier* & *Vidault*, Procureur Général. GRENOBLE.

METZ.

LES degrés doivent être comptés par têtes & non par souches. Signés, de *Montholon*, *J. Pierre* de *Lange*, *Bertrand*, *Muzac*, *Le Goullon*, de *Champel*, *Bonneau* & *Lançon*.

PAU.

CETTE question n'a pu se présenter parmi nous, parce que les substitutions n'y sont pas bornées, comme il a été dit sur la question précédente, sauf dans le cas de la prohibition d'aliéner; mais dans ledit cas, nous jugerions que les degrés doivent être comptés par souches, & nous croyons qu'il est convenable de le décider ainsi dans la Loi nouvelle, parce que autrement les substitutions pourroient être d'une trop courte durée. Un pere qui auroit six enfans, & qui feroit une substitution graduelle perpétuelle dans sa famille, ne pourroit pas s'assurer de faire parvenir son bien au dernier de ses enfans qui se trouveroit hors du degré; & cette substitution, qui dans le Droit Romain pourroit être portée à l'infini, pourroit ne pas durer un mois; c'est faire, ce semble, assez de violence à la liberté que chacun doit avoir de disposer de son bien comme bon lui semble, en restreignant la substitution à quatre degrés sans la rendre inutile. Signés, de *Gaubert*, *Caseaux*, *Mignon*, *Deodat*, *Desclaux*, *Mesplés*, *Bordenave*, *Dejean*, *Lescans*, *Bonnecase*, *Casenave* & *Descaseaux*.

PAU.
M. DE GAUBERT, premier Président.

LES Docteurs sont fort partagés sur la question, les uns pensent qu'il faut compter les degrés de substitution par têtes, *quælibet persona adjicit*, les autres par souches ou par générations; en sorte que plusieurs enfans d'un même pere ne fassent tous ensemble qu'un seul degré. Les Ordonnances d'Orleans & de Moulins n'ont rien décidé à cet égard, il n'y a que l'Ordonnance de 1629, art. CXXIV, qui a décidé précisément la question, qu'à l'avenir les degrés des substitutions & fidéicommis seront comptés par têtes & non par souches & générations, c'est-à-dire que chacun de ceux qui auront recueilli & appréhendé le fidéicommis fassent un degré.

Que plusieurs d'entre eux eussent succédé en concurrence comme une seule tête, auquel cas ne feront compris que pour un degré.

Le Parlement de Paris compte les degrés par têtes. Voyez Ricard, des substitutions, traité 3, chap. 9, sect. 6, part. 1, n. 837, qui rapporte des Arrêts de ce Parlement & du Grand Conseil.

La même Jurisprudence est suivie au Parlement de Grenoble.

M.

M. Expilly, chap. 146; & au Parlement d'Aix, Boniface, tom. 2, liv. 2, tit. 2, chap. 9.

PAU.

Le Parlement de Bordeaux suit la même Jurisprudence par ses Arrêts. Lapeyrere, lettre S, n. 155, de l'édition de 1706. Automne sur la Loi *potest*, *ff. de vulgari & pupill. substit.*

Le Parlement de Toulouse a une Jurisprudence contraire, mais plus réguliere & plus conforme à la Novelle 159 de Justinien, qui s'exprime par le mot de générations, §. *si post quatuor demum generationes.* Voyez Maynard, liv. 8, chap. 1. M. Dolive, liv. 5, chap. 10. M. Cambolas, liv. 3, chap. 7. M. Catellan, tom. 2, chap. 74, sauf dans les cas d'interruption ou interversion des degrés, *& per medios nepotes*, le frere qui succede par cette voie compose un nouveau degré, bien qu'il soit d'une même génération que son ainé qui a rempli cette place.

Il sembleroit d'abord naturel de compter les degrés de substitution par têtes & non par souches, l'on se conformeroit au plus grand nombre des Parlemens & à l'Ordonnance de 1629, vérifiée dans le Parlement de Navarre; après cela si les substitutions concourent au soutien des maisons, elles produisent presque toujours de grands & ruineux procès.

Dans cette idée il paroîtroit, ce semble, plus utile, pour la tranquillité des familles, d'abréger la durée des substitutions; néanmoins nous estimons, qu'à compter par têtes les degrés des substitutions, on s'éloigneroit de l'esprit des Loix Romaines d'où nous viennent les substitutions qui les perpétuoient; que dans certains cas la prévoyance du testateur qui voudroit conserver ses biens dans sa famille seroient sans effet, pouvant arriver qu'une substitution graduelle, à la compter par têtes, pourroit finir dans moins d'un an, observation judicieusement faite par *Bretonnier sur Henrys*, *tom.* 2, *liv.* 5, *quest.* 48. Le tout considéré, il convient d'adopter dans la Loi nouvelle la Jurisprudence du Parlement de Toulouse, qui compte les degrés de substitution par souches, sauf le cas d'interruption dans les degrés dans lesquels il faut compter par têtes, décision qui soutiendra les anciennes familles & les grandes maisons, à quoi l'Etat paroît intéressé.

ROUSSILLON.

APRES l'Ordonnance de Louis XIII de 1629, art. CXXIV, qui dispose expressément que dans tout le Royaume les degrés des substitutions fidéicommissaires seroient comptées par têtes & non par souches & générations, la chose paroît sans difficulté dans les

ROUSSILLON.

Parlemens où cette Ordonnance a été reçue & enrégiſtrée, la volonté du Légiſlateur étant claire & ſans ambiguité.

On obſerve qu'en Rouſſillon toutes ces Ordonnances y ſont inconnues, qu'elles n'y ont été envoyées ni enrégiſtrées, le Rouſſillon étant ſous la domination du Roi Catholique lorſque cette Loi fut faite.

On n'ignore pas que le Parlement de Toulouſe n'obſerve point cette Ordonnance, & que lors de l'enrégiſtrement il rendit un Arrêt, par lequel il fut dit, que l'uſage contraire, reçu dans ce Parlement, ſeroit obſervé ſous le bon plaiſir du Roi; nonobſtant cet article, & du depuis il s'eſt toujours conſervé dans l'uſage de compter par ſouches & non par têtes; il eſt à préſumer que c'eſt avec l'approbation du Roi, qui goûta les motifs contenus dans ſa remontrance, que ce Parlement a continué de compter par ſouches & générations & non par têtes; ainſi les autres Parlemens, comme celui de Paris, ſuivent la volonté expreſſe, & celui de Toulouſe la volonté tacite du Légiſlateur qui tolere l'uſage contraire.

Les Pays Coutumiers reçoivent plus facilement ces diſpoſitions qui reſtreignent la liberté des dernieres volontés: elles ſont moins d'impreſſion aux peuples régis par la Coutume, qui ſont comme familiariſés avec les reſtrictions. Il n'en eſt pas de même de ceux des Pays de Droit Ecrit, il leur eſt ſenſible d'être ſévrés d'une habitude ſucée avec le lait & reſpectable par l'uſage ancien. Ce fut vraiſemblablement la raiſon qui porta le Roi à conſerver au Parlement de Toulouſe, l'uſage oppoſé à la diſpoſition de cet article, & à condeſcendre (touché par le motif de la remontrance) à la Juriſprudence contraire qui compte les degrés par ſouches, qui eſt une maniere de compter qui fait moins de violence à la liberté des ſubſtitutions que celle qui compte par têtes preſcrite par l'Ordonnance; ainſi il eſt vrai de dire que la diverſité de Juriſprudence de ces Parlemens vient des différens droits par leſquels ils ſont régis: celui de Paris par le droit établi par la volonté expreſſe du Prince, celui de Toulouſe par l'uſage autoriſé par la même volonté tacite; cette volonté, toute différente qu'elle eſt, eſt toujours reſpectable, le Légiſlateur a cru devoir varier ſelon les lieux, & ajuſter ſes diſpoſitions aux différens droits par leſquels ils ſont gouvernés, & dans leſquels ces divers peuples ont été élevés. Signés, *Deponte d'Albaret*, *Dupont*, de *Villars*, *Collarés*, *Bonnet* de *Romanya*, *Giſpert*, de *Fulla*, *Regnés*, *Deſprès*, *Bonnet* & *Sans*.

PARIS.
M. le Procureur Général.

C'EST encore ici une de ces questions où les suffrages se déterminent, par la faveur qu'on croit devoir donner aux substitutions, ou par les bornes étroites dans lesquelles on croit devoir les renfermer.

Il faut convenir, cependant, que les véritables principes & le véritable esprit des Loix & le grand nombre des suffrages se réunissent pour compter par têtes.

On n'a point d'autres raisons pour compter par souches que la faveur des substitutions, qu'on a coloré du prétexte spécieux, que tous les freres & sœurs ne composent qu'un seul degré dans l'ordre de parenté. Ce sont les motifs du Parlement de Toulouse, du Parlement de Pau & de M. Gaubert ; mais ce principe qui ne regarde que la parenté, & par conséquent la succession *ab intestat* n'a aucune application aux substitutions qui sont des dispositions de l'homme. L'homme a en vue de certaines personnes qu'il appelle successivement, il n'a point en vue des degrés en général ; & si quelquefois un testament imite la succession *ab intestat*, c'est un accident qui n'a aucun rapport à la substance du fidéicommis dont la nature est de compter chaque ouverture à la substitution comme un degré ; & puisque le donateur, quand il appelle un substitué qui n'est point de sa famille pour remplir un degré, ne peut avoir en vue qu'une tête & non une souche, comment peut-on présumer qu'il ait eu une autre intention quand il a appellé quelqu'un de sa famille ?

Aussi on ne peut induire, d'aucune de nos Ordonnances, que le degré ne puisse jamais être entendu que d'une seule tête, c'est l'explication naturelle de cette expression ; c'est ainsi même que l'Ordonnance de 1629 l'a entendu ; c'est ainsi qu'on l'a entendu lors des arrêtés de M. le premier Président de Lamoignon, & c'est ainsi que le décident le Conseil de Roussillon, les Parlemens de Dijon, Metz, Flandres, Besançon, Grenoble, Aix, Bordeaux, M. Le Bret, Me. de Cormis, ensorte que c'est le plus grand nombre des suffrages. Le Parlement de Paris ne l'a jamais décidé autrement.

Il ne peut rester qu'une seule difficulté par rapport aux substitutions du passé dans l'étendue du Parlement de Toulouse (*a*), où l'usage a toujours été de compter par souches ; mais on ne voit

(*a*) Ce Parlement est le seul de ceux qui observoient la fixation à un nombre de degrés, où l'on ait été en usage de compter par souches.

PARIS. aucune raiſon ſolide pour ne pas compter à l'avenir les degrés des anciennes ſubſtitutions qui reſtent à remplir par têtes & non par ſouches.

Il naîtroit un inconvénient dans quelques ſubſtitutions dont les degrés ne ſeroient pas épuiſés ſi on comptoit par têtes les degrés du paſſé, parce qu'ayant été comptés par ſouches, les biens ſubſtitués pouvoient être libres au jour de la nouvelle Loi, dans la perſonne de celui qui la veille auroit été encore grevé.

Mais on préviendra cet inconvénient, en décidant que les degrés remplis avant la Loi qui ont été comptés par ſouches reſteroient; mais que les degrés à remplir depuis la nouvelle Loi ſeroient comptés par têtes.

Ainſi on eſtime qu'il y a lieu d'ordonner, *que les degrés de ſubſtitutions ſeront comptés par têtes & non par ſouches ou générations, ce qui aura lieu encore dans le reſſort du Parlement de Toulouſe, & pour les ſubſtitutions même du paſſé, pour les degrés ſeulement qui n'auroient pas été remplis lors de la nouvelle Loi.*

NEUVIEME QUESTION.

S'IL y a quelque diſtinction à faire ſur les Queſtions précédentes entre les nobles & les rotutiers?

M. LE BRET. IL n'y a aucune diſtinction à faire entre les nobles & les roturiers. L'on ne fait point de diſtinction par rapport à la qualité des perſonnes ſur ce qui concerne les ſubſtitutions.

M. DE CORNIS, Avocat. IL ſemble qu'il n'y a point de diſtinction à faire ſur les queſtions précédentes entre les nobles & les roturiers, il ne s'en fait point en Provence.

BORDEAUX. QUOIQUE les ſubſtitutions ſoient encore plus favorables dans les maiſons illuſtres & parmi la nobleſſe, que dans les familles roturieres, néanmoins nous ne faiſons point cette diſtinction quant à la maniere de régler les degrés & l'étendue des ſubſtitutions. Signés, *Gilles de Lacaſe*, *Le Berthon*, *d'Albeſſard*, *Bigot*, *Jegun*, *Le Moncreau*, *Loyal*, *Dudon*, *du Viguier* & *de La Treſne.*

Nous pensons que non, & que les uns n'ont pas moins que les autres la liberté de tester & de substituer, le Droit Romain n'exclut ni ne restraint à cet égard les roturiers, *quod lex non distinguit, nec nos distinguere debemus.* Signés, de *Corbeson*, *Holdt*, *Muller*, *Nof* & *Mulle.* COLMAR.

Les Ordonnances d'Orleans & de Moulins ont eu en vue de couper racine aux procès & aux différends qui naissent de la trop longue durée des fidéicommis; elles ont eu pour objet la liberté du commerce, qui exige qu'il y ait enfin quelque sûreté pour les acquéreurs des biens substitués; des Loix si sages & si avantageuses au public méritent d'être religieusement conservées. Si néanmoins il plaît au Roi d'étendre la durée des substitutions au-delà des bornes que ces Ordonnances ont prescrites, il semble que cette extension ne devroit avoir lieu qu'en faveur de la noblesse, & au cas que les substitutions fussent faites par des nobles au profit de personnes nobles. DIJON.

Quant à la façon de compter les degrés des fidéicommis, celle que prescrit l'art. CXXIV de l'Ordonnance de 1629, paroît devoir être rendue uniforme par-tout le Royaume, & on n'estime pas qu'il y ait aucune exception à faire à ce sujet en faveur de la noblesse. Signés, de *Birbisey*, de *La Marre*, *Bouhier*, *Mairelet*, *de Minot*, *Basin*, de *Fijan*, *Normand* puîné, *Thiery* & *Quarré.*

Nous ne faisons aucune distinction sur les deux questions précédentes entre les nobles & les roturiers. La Loi qui regle la durée des fidéicommis étant générale, & bornant leur effet à trois personnes sans distinction, on ne doit pas distinguer entre les nobles & les roturiers, l'inconvénient de la longue durée des fidéicommis auxquels cette Loi a voulu rémédier étant égal, soit que des nobles ou des roturiers y soient appellés. Signés, *Polinchon*, *Pinault* de *Bannaux*, *Douche de Beaulieu*, *Visant* de *Ponange*, de *Burges*, *Bissehop*, *Curpin* de *Calonne*, *J. Vaymel*, *du Parq.* FLANDRES.

La réponse est la même que sur la premiere question. Signés, *Grammont*, premier Président, *Lacroix*, de *Sayne*, de *Loyssin*, *Morel Montrivier*, & *Vidault*, Procureur Général. GRENOBLE.

Nous ne pensons pas que sur les questions précédentes il y ait aucune distinction à faire entre les nobles & les roturiers, la diffé- METZ.

METZ.

rence de leur condition n'en demande aucune par rapport à l'application des Ordonnances & des Coutumes. Signés, de *Montholon*, *J. Pierre*, de *Lange*, *Bertrand*, *Musac*, *Le Goulon* de *Champel*, *Bonneau* & *Lançon*.

PAU.

Il semble d'abord qu'il y auroit quelque distinction à faire, & que les substitutions faites par les nobles mériteroient plus de faveur pour la durée d'icelles ; néanmoins comme il s'agit principalement de la liberté que doit avoir un testateur de faire de son bien libre ce que bon lui semble, cette liberté, doit, ce semble, être commune à toutes personnes de quelque état qu'elles soient; on excluroit même quelquefois, par cette distinction, les nobles qui peuvent être appellés dans les substitutions des roturiers, & d'ailleurs le Droit Romain ne fait aucune distinction à cet egard. Signés, de *Gaubert*, *Casaux*, *Mignon*, *Deodat*, *Desclaux*, *Mesplés*, *Bordenave*, *Dejean*, *Lesan*, *Bonecase*, *Casenave* & de *Caseaux*.

M. de Gaubert, premier Président.

Les livres ne nous indiquent nulle distinction ni différence à faire sur les questions précédentes, entre les nobles & les roturiers qui ont la faction active & passive des substitutions & des fidéicommis, la liberté doit être commune & égale, le Droit Romain, d'ailleurs, duquel nous tirons les substitutions, ne fait aucune distinction, il semble qu'on doit n'en recevoir aucune.

ROUSSILLON.

Le Conseil souverain estime, qu'il ne doit être fait aucune différence entre les nobles & les roturiers, & que la Loi entre eux doit être uniforme.

Les motifs consistent, en ce que les Loix ayant pour objet l'utilité générale, & ne faisant elles-mêmes aucunes distinctions des personnes, il n'y a aucune raison de les appliquer différemment aux nobles ou aux roturiers. Signés, *Deponte*, *d'Albaret*, *Dupont*, de *Villars*, *Collarés*, *Bonnet* de *Romanya*, *Gispert* de *Fulla*, *Regnés*, *Desprès*, *Bonnet* & *Sans*.

TOULOUSE.

L'usage du Parlement de Toulouse ne met point de distinction entre les nobles & les roturiers, lorsque la substitution est expresse & conçue en termes clairs & précis, *ubi enim verba clara sunt, admitti non debet voluntatis quæstio* (*a*).

(*a*) *Lege ille aut ille, ff. de legat.* 3°.

Il en eſt autrement (*a*) dans les cas d'une ſubſtitution fondée ſur le concours des préſomptions qui peuvent induire un fidéicommis, dans lequel la nobleſſe de la famille, la qualité des biens & la coutume de faire des ſubſtitutions, entrent dans les préſomptions ſur leſquelles les Auteurs ont cru qu'on pouvoit admettre un fidéicommis conjectural. L'on peut dire, même en général, qu'il convient de ne point admettre des fidéicommis de cette eſpece fondés ſur des préſomptions, que lorſque l'on trouve le concours des principales, & telles qu'elles déterminent à aſſurer la volonté de ceux qui ont fait les diſpoſitions, parce qu'autrement ce ſeroit donner lieu à des conjectures incertaines & qui deviendroient trop arbitraires.

TOULOUSE.

Cette Juriſprudence eſt maintenant établie dans l'uſage du Parlement de Toulouſe. Signés, le *P. Daſpe*, *Comere* de Labaſtide, *Pegueyroles*, *Baſtard*, *Azemar*, *Caſſan*, de *Catellan-Lamaſquere*, *Cauſſade*, *de Celés*, *Paraza*, *Daſpe de Meillan*, *Le Mazuyer*.

PARIS.
M. le Procureur Général.

Il ſemble aſſez inutile de s'étendre ſur une queſtion où preſque tous les Parlemens ſe réuniſſent contre la diſtinction; car quoique les ſubſtitutions ſoient plus favorables pour les nobles, il eſt vrai cependant qu'il y a des cas où les roturiers ont grand intérêt de ſubſtituer. Tout ce qui a été dit dans quelques-unes des queſtions précédentes, tend à ne point faire de diſtinction, il y auroit trop d'inconvéniens à en faire.

Il faudroit nonſeulement diſtinguer les nobles qui feroient les ſubſtitutions, mais les ſubſtitutions faites par des roturiers à des nobles; il faudroit mettre dans la claſſe des nobles les officiers de judicature & les militaires, & comme il y en a dans différens degrés cela cauſeroit trop d'embarras.

C'eſt ce qui fait qu'on ne ſe rendroit pas même à l'avis de deux Parlemens pour la diſtinction, dans le cas où l'on étendroit la ſubſtitution à quatre degrés; parce que, quoique cette étendue accordée contre l'Ordonnance d'Orleans ne puiſſe être aſſez favorable pour y comprendre les roturiers, la diſtinction des officiers militaires & des officiers de judicature auxquels il faudroit donner le même privilege qu'aux nobles eſt trop difficile; ainſi on eſtime qu'il n'y a aucune diſtinction à faire ſur les queſtions précédentes entre les nobles & les roturiers.

(*a*) Cujas, conſult. 35. Ferriere ſur Guy Pape, queſt. 465.

DIXIEME QUESTION.

Si ceux qui sont appellés conjointement à une Substitution, doivent être comptés pour un seul degré ou pour plusieurs?

AIX. M. LE BRET.

COMME ceux qui sont appellés conjointement à une substitution n'en possédent pas les biens substitués par indivis, & qu'il leur est permis de procéder au partage d'iceux, il semble qu'il n'y ait pas de doute que tous les appellés, conjointement à une substitution, ne doivent former qu'un seul & même degré, soit qu'ils recueillent une partie de cette substitution de leur propre chef, soit qu'ils recueillent l'autre partie par caducité, par accroissement du conjoint obvenu.

L'on ne compte que pour un degré tous ceux qui sont appellés conjointement à une substitution.

M. DE CORMIS, Avocat.

LES appellés, conjointement à une substitution, ne doivent être comptés que pour un seul degré, selon qu'il se pratique en Provence, & non pour plusieurs.

BORDEAUX.

TOUTES les fois que plusieurs personnes sont appellées conjointement à une substitution pour la recueillir en même temps & sans subordination des unes aux autres, il est incontestable qu'on ne doit les compter que pour un degré, la raison s'en fait sentir d'elle-même. Signés, *Gillet* de *Lacase*, *Le Berthon*, *d'Albessard*, *Bigot*, *Jegun*, *Le Moncreau*, *Loyal*, *Dudon*, *Du Viguier* & *de La Tresne*.

COLMAR.

NOTRE avis, sur la huitieme question, étant que les degrés doivent se compter par souches & non par têtes, nous nous déterminons par le même principe de faveur pour les substitutions, à dire que ceux qui y sont appellé sconjointement ne doivent être comptés que pour un seul degré. Signés, de *Corbeson*, *Holdt*, *Muller* & *Mulle*.

DIJON.

LE Droit Ecrit ne fournit point de décision sur cette question que l'on n'a pas eu occasion d'agiter, tandis que les substitutions ont

ont pu être faites à l'infini ; mais depuis que les Loix du Royaume, notamment les Ordonnances d'Orleans & de Moulins, ont réduit à deux degrés les substitutions qui seroient faites à l'avenir, & à quatre degrés celles qui étoient déja faites, non compris l'institution, il a été nécessaire de déterminer si les substitués conjointement ne seroient comptés que pour un seul degré. DIJON.

L'art. CXXIV de l'Ordonnance de 1629, enrégistrée pour ce sans aucune réserve, l'a décidé bien expressément, & comment plusieurs appellés conjointement & concurremment à une substitution pourroient-ils faire plusieurs degrés, lorsque tous ensemble ne font qu'une seule tête ?

Cette raison a réuni tous les Auteurs, & même les Parlemens qui ne reconnoissent pas l'autorité de cette Ordonnance. Signés, de *Birbisey*, de *La Marre*, *Basin*, *Fijan Mairelet*, de *Minot*, *Normand*, puîné, & *Genreau*.

Nous jugeons que ceux qui sont appellés conjointement à la substitution font chacun un degré pour leur part, & que quand la part de l'un passe aux autres, cela fait un second degré à l'égard de cette part ; & à mesure que les autres appellés décédent, on compte à l'égard de chaque part autant de degrés qu'il y a des personnes qui en profitent successivement. Signés, *Pollinchonc*, *Pinault* de *Bannaux*, *Douche* de *Beaulieu*, *Visars* de *Ponange*, de *Burges*, *Bisschop*, *Curpin*, de *Calonne*, J. *Vaymel*, *Duparq* & *Vermineau*. FLANDRES.

Ceux qui sont appellés conjointement à une substitution ne sont comptés en Dauphiné que pour un seul degré. Signés, de *Grammont*, premier Président, *Lacroix*, de *Sayne*, de *Loyssin*, *Morel* de *Montrivier*, & *Vidault*, Procureur Général. GRENOBLE.

Ceux qui sont appellés conjointement à une substitution ne doivent être comptés que pour un degré, parce qu'ils possédent & jouissent en même temps. Signés, de *Montholon*, *Piard* de *Lange*, *Bertrand Musac*, *Le Goulon*, de *Champel*, *Bonneau* & *Lançon*. METZ.

Cette question n'a pu se présenter parmi nous, parce que, comme il a été remarqué sur la septieme question, les substitutions n'y sont pas bornées, sauf dans le cas de la prohibition d'aliéner. PAU.

PAU.

Mais nous croyons que ceux qui sont appellés conjointement à une substitution ne doivent être comptés que pour un seul degré; c'est la disposition de l'art. CXXIV de l'Ordonnance de 1629. Signés, de *Gaubert*, *Casaux*, *Mignon*, *Deodat*, *Desclaux*, *Mesplés*, *Dejean*, *Lesan*, *Bonnecase*, *Casenave* & *Descaseaux*.

PAU.
M. DE GAUBERT, premier Président.

L'ARTICLE CXXIV de l'Ordonnance de 1629, que le Parlement de Navarre a enrégistré, a décidé la question. Lorsque plusieurs sont appellés conjointement à une substitution, lors, par exemple, que le testateur a institué son fils héritier & lui a substitué ses enfans sans distinction, alors tous les enfans étant appellés conjointement & concurremment à la substitution, ils ne font tous ensemble qu'une tête, qu'un degré.

L'arrêté 42 de M. de Lamoignon, titre des fidéicommis, si la substitution étoit recueillie concurremment & par plusieurs personnes toutes ensemble, elles ne seroient considérées & comptées que pour un seul degré.

M. Ricard, des substitutions directes & fidéicommissaires, tit. 3, chap. 9, sect. 6, part. 1, n. 827, met pour maxime, que lorsque plusieurs personnes sont appellées conjointement pour jouir en même temps d'un fidéicommis, ils ne font tous ensemble qu'un même degré de substitution, quoiqu'ils soient dans différens degrés de parenté, qu'ils soient même étrangers les uns aux autres, n'y ayant que ceux qui sont appellés successivement pour jouir l'un après l'autre, qui puissent former & remplir des degrés différens.

M. Bretonnier sur Henrys, tom. 2, liv. 5, quest. 48, atteste, que conformément à l'Ordonnance de 1629, art. CXXIV, où l'on compte par générations, lorsque plusieurs sont appellés par concurrence, comme quand le testateur a institué son fils, & lui a substitué ses enfans sans distinction, pour lors tous les enfans étant appellés concurremment à la substitution, ils ne font tous ensemble qu'une seule tête ou seul degré. Nous croyons, sur la question proposée, que ceux qui sont appellés conjointement à la substitution ne doivent être comptés que pour un seul degré, conformément à l'article CXXIV de l'Ordonnance de 1629.

ROUSSILLON.

LE Conseil souverain estime, que ceux qui sont appellés à une substitution ne font tous qu'un seul degré, parce qu'ils succédent en même temps en la même hérédité & non successivement les uns après les autres, ainsi on ne peut considérer en eux des degrés diffé-

rens qui ne ſont jamais multipliés qu'aux ſubſtitutions ſucceſſives; d'ailleurs cela eſt ainſi porté littéralement (*a*) dans l'art. CXXIV de l'Ordonnance de Louis XIII de 1629. Signés, *Deponte*, *d'Albaret*, *Dupont*, de *Villars*, *Collarés*, *Bonnet* de *Romanya*, *Giſpert*, de *Fulla*, *Regnés*, *Deſprès*, *Bonnet* & *Sans*.

ROUSSILLON.

CEUX qui ſont appellés conjointement à une ſubſtitution ne font qu'un degré, par la raiſon qu'ils ne ſont regardés que comme un ſeul & même ſubſtitué, à l'exemple de pluſieurs cohéritiers d'un même teſtateur qui ne ſont regardés que comme un ſeul & même héritier, n'étant qu'aſſociés en une même hérédité, ce qui doit avoir d'autant plus lieu dans ce Parlement, qu'on y compte les degrés de ſubſtitution par ſouches & non par têtes; d'ailleurs ſi le contraire avoit lieu, & ſi pluſieurs ſubſtitués conjointement pouvoient être comptés pour pluſieurs degrés, il en naîtroit cet inconvénient, que ſi un pere avoit quatre enfans, par exemple, & les ſubſtituoit conjointement à ſon hérédité, le quatrieme de ſes enfans ſe trouveroit plus favorablement traité que les trois premiers, attendu que ceux-ci ſeroient grevés d'une ſubſtitution, & que l'hérédité deviendroit libre ſur la tête du dernier, ce qui ſans doute ſeroit contraire à la volonté du teſtateur; par toutes ces raiſons nous croyons que ceux qui ſont appellés conjointement à une ſubſtitution ne font qu'un ſeul & même degré. Signés, le *Préſident Daſpe*, *Comere* de *Labaſtide*, *Pegueyroles*, *Baſtard*, de *Catellan-Lamaſquere*, *Azemar*, *Caſſand*, *Aymar*, *Cauſſade*, de *Celés*, *Paraſa*, *Daſpe* de *Meillan*, & *Le Maſuyer*, Procureur Général.

TOULOUSE.

CETTE queſtion toute unie n'en eſt pas une; en effet, ſi pluſieurs appellés ſucceſſivement forment pluſieurs degrés, la même raiſon veut que pluſieurs appellés conjointement ne forment qu'un degré; auſſi tous les Auteurs, les Parlemens, l'Ordonnance de 1629, les Arrêtés de M. le Préſident de Lamoignon, tout ſe réunit pour cette déciſion. On pourroit, peut-être, pour

PARIS
M. le Procureur Général.

(*a*) Que d'hors-en-avant les degrés des ſubſtitutions & fidéicommis par-tout le Royaume ſoient comprés par têtes & non par ſouches & générations, c'eſt-à-dire que tous ceux qui auront recueilli & appréhendé le fidéicommis faſſent un degré, ſinon que pluſieurs d'eux euſſent ſuccédé en concurrence comme une ſeule tête, auquel cas ne ſeront comptés que pour un ſeul degré.

PARIS. lever toute équivoque, ajouter le mot de *concurremment* qui se trouve dans l'art. XLIV de ces Arrêtés; on pourroit même y ajouter, pour lever encore un autre doute, ce que le Parlement d'Aix a ajouté, soit que les substitués acquierent de leur chef, ou par caducité, ou par accroissement, quoiqu'on croie ces expressions surabondantes.

Mais de cette question il en naît naturellement une autre, qui est peut-être la seule véritable question; c'est pour le cas auquel la part recueillie par un des substitués parvienne aux autres par son décès, parce que, à prendre la chose dans l'exacte regle, il se trouve un nouveau degré par rapport à cette portion; c'est ce qu'a fort bien remarqué le Parlement de Flandres.

Ainsi on estime que tous les appellés conjointement à une substitution qui ne forment qu'un degré lorsqu'ils recueillent tout, doivent former un nouveau degré pour la part & portion du fidéicommis que chacun d'eux aura recueilli dans la suite.

ONZIEME QUESTION.

Si celui en faveur de qui la Substitution est ouverte de droit, mais qui ne l'a pas recueillie de fait, est censé remplir un degré?

Si la simple demande formée par celui à qui le droit est échu le doit faire compter pour un degré?

AIX. CELUI en faveur de qui la substitution est échue de droit n'est pas censé remplir son degré, à moins qu'il n'ait formé sa demande en ouverture, ou qu'il ait possédé les biens substitués. Cette disposition est fondée sur la Jurisprudence de ce Parlement & sur la disposition du Droit Ecrit (*a*), qui veut que les biens substitués ne passent pas de plein droit aux substitués, mais qu'ils en forment demande à l'héritier grevé ou à celui-ci, la regle que

(*a*) St. Jean, décis. 1. Duperier, liv. 4, quest. 8. Arrêt rendu, ou le premier Février 1706, ou le 15 Janvier 1707, au rapport de feu M. de Balon, en la cause de Louis Roland, contre Laurent Chaud.

le mort saisit le vif n'ayant lieu qu'à l'égard des successions *ab intestat*, cette même regle ne pouvant être appliquée aux légataires & fidéicommissaires qui ne tirent leur droit que de l'addition de l'hérédité faite par l'héritier institué, & étant les uns & les autres obligés de former demande en délivrance.

AIX.

CELUI qui ne recueille pas de fait la substitution ouverte de droit en sa faveur ne remplit pas le degré ; mais l'on estime que la simple demande de sa part, doit faire regarder le degré comme rempli, bien qu'il n'eût pas joui réellement du fonds substitué ; il seroit peut-être bon d'imputer sur les degrés des fidéicommis réduits à deux outre l'institution, ceux qui n'auroient été ni remplis par une possession, ni censés remplis par une demande, la liberté du commerce entre les citoyens ne pouvant être trop tôt établie, ni les occasions des fraudes trop tôt retranchées.

M. LE BRET.

CELUI en faveur de qui la substitution est ouverte, mais qui est mort sans s'être expliqué pour la recueillir de fait, n'est pas censé avoir rempli un degré ; mais la simple demande faite par celui à qui le droit est échu le doit faire compter pour un degré.

M DECORMIS, Avocat.

CETTE question est extrêmement controversée parmi les Auteurs, & il se présente en effet grand nombre de raisons & d'inconvéniens de part & d'autre. Quoique nous n'ayons pas de Jurisprudence précise sur ce point, nous regardons néanmoins comme constant parmi nous, que celui en faveur duquel la substitution a été ouverte de droit, mais qui ne l'a pas recueillie de fait, ne doit point être compté pour un degré, & cela soit qu'il y ait formellement renoncé, soit qu'il soit demeuré dans le silence. Cet avis nous a paru plus conforme à l'esprit dans lequel nous sommes de maintenir, autant qu'il est possible, la volonté du testateur, & à l'idée que nous avons de l'Ordonnance, qui restreignant les degrés de substitution auxquels le Droit Romain ne prescrivoit aucunes bornes, doit être interprété à la rigueur.

BORDEAUX.

Que si le substitué a formé une simple demande, il est hors de doute qu'il est censé remplir un degré. Signés, *Gilles de Lacase*, *Le Berton*, *d'Albessard*, *Bigot*, *Jegun*, *Le Moncreau*, *Loyal*, *Dudon*, *Du Viguier* & de *La Tresne*.

NOUS tenons pour la négative sur ces deux questions, & nous

COLMAR.

COLMAR. disons que pour former un degré, il faut que le substitué ait recueilli de fait les biens substitués, autrement l'intention de celui qui a fait la substitution ne seroit pas remplie. Signés, de *Corbeson*, *Holdt*, *Muller* & *Mulle*.

DIJON. Le Parlement n'a point rendu d'Arrêt sur cette question; mais les Commissaires estiment que celui en faveur de qui la substitution est ouverte de droit ne remplit pas un degré, s'il ne l'a point recueilli de fait.

On s'étonne que des interpretes, considérables par leurs lumieres & par leur nombre, aient pensé que le fidéicommissaire remplît un degré, quoiqu'il n'eût reconnu ni accepté le fidéicommis après la mort du grevé; cependant jusqu'à la reconnoissance & acceptation, le fidéicommissaire n'est point saisi du fidéicommis, qui par le silence du substitué demeure sans effet à son égard; car le silence dans lequel il a persévéré jusqu'à la mort, équivaut à une renonciation qu'il avoit la liberté de faire. Or comment compter dans les degrés de la substitution le substitué qui ne l'a point recueillie, & qui est censé y avoir renoncé.

Il y a bien plus de difficulté à ne pas compter le substitué lorsqu'à l'ouverture du fidéicommis il en a formé la demande, parce que dès ce jour-là les fruits lui appartiennent, & il les transmet à ses héritiers, si la demande se trouve juste & légitime; mais comme il se peut départir d'une simple demande, on ne doit pas compter pour un degré jusqu'à ce qu'il soit en possession réelle du fidéicommis, & l'art. CXXIV de l'Ordonnance de 1629 paroît l'exiger, en ordonnant que ceux-là seulement feront un degré qui auront appréhendé & recueilli le fidéicommis. Ces termes, *appréhendé & recueilli*, supposent une possession réelle. Signés, de *Birbisey*, *Bouhier*, *Lantin*, *Mayrelet*, de *Minot*, *Normand* puîné, *Thiery*, *Quarré* & *Genreau*.

FLANDRES. Celui en faveur de qui la substitution est ouverte de droit, mais qui ne l'a point recueillie de fait, n'est point censé remplir un degré, parce que quoique le droit soit acquis au fidéicommissaire dès l'instant de l'échéance de la condition, la substitution n'a véritablement effet qu'après qu'elle a été recueillie de fait; cela souffre d'autant moins de difficulté dans ce pays-ci, que l'Edit perpétuel veut que les fidéicommis *aient effet trois fois & au profit de trois personnes*, par lesquels termes il paroît qu'on a plus

considéré l'effet que la simple ouverture ; on l'a ainsi jugé en revision à Malines en 1650. FLANDRES.

Si la simple demande formée par celui à qui le droit est échu, doit le faire compter pour un degré ?

Nous croyons que la seule demande suffit pour le faire compter pour un degré, parce que celui qui a demandé est censé recueillir de fait, puisqu'il gagne les fruits depuis la demande judiciaire. Signés, *Pollinchon*, *Pinault*, de *Bannaux*, *Douche* de *Beaulieu*, *Visant* de *Ponange*, de *Burges*, *Bisshop*, *Curpin*, de *Calonne*, *J. Vaymel*, *Duparq* & *Vermineau*.

Par la maxime, *le mort saisit le vif*, l'addition est inutile, & le droit se transmet *ipso jure* ; ensorte que celui qui survit de quelques mois transmet à son héritier les revenus journaliers, ainsi celui qui ne répudie pas profite. Le plus ou le moins est indifférent, & le degré est, ou peut être utile ; ainsi il doit faire degré selon *Peregrinus*, *art.* 29, *n.* 5, & les autorités qu'il cite, ce qui est plus indispensable parmi nous à cause de la maxime le mort saisit le vif. Signés, *Grammont*, premier Président, *Lacroix* de *Sayne*, de *Lyssins*, *Morel*, *Montrivier* & *Vidault*, Procureur Général. GRENOBLE.

Nous estimons que celui en faveur de qui la substitution est ouverte de droit, mais qui ne l'a pas recueillie de fait, n'est point censé remplir un degré à moins qu'il n'ait formé demande en délivrance. Signés, de *Montholon*, *Pierre*, de *Lange*, *Bertrand*, *Musac*, *Le Goulon* de *Champel*, *Lançon* & *Bonneau*. METZ.

Cette question n'a pu aussi se présenter parmi nous, parce que, comme il a été remarqué sur la septieme question, les substitutions n'y sont pas bornées, sauf dans le cas de la prohibition d'aliéner. PAU.

Mais nous croyons que celui en faveur de qui la substitution est ouverte de droit, mais qui ne l'a pas recueillie de fait, du moins *animo*, n'est pas censé remplir un degré, parce qu'il n'a eu ni la propriété ni la possession, il faut que le degré soit rempli *cum effectu*.

Nous croyons qu'il en est autrement, lorsque le substitué, à

PAU.

qui le droit est échu, a formé la demande, parce qu'alors il a reconnu le fidéicommis & a marqué par sa demande l'intention qu'il avoit de l'exécuter, & en effet les fruits lui sont adjugés depuis la demande. Signés, de *Gaubert*, *Caseau*, *Mignon*, *Deodat*, *Desclaux*, *Mesplés*, *Bordenave*, *Dejean*, *Lesan*, *Bonnecase*, *Casenave* & de *Caseaux*.

PAU.
M. DE GAUBERT, premier Président.

PAR le Droit Romain, *in suis hæredibus*, il y a une continuation de domaine de propriété *ipso jure*, le fils, par la seule ouverture de la succession sans addition effective, est censé maître & possesseur des biens, §. *nulla delatio*, *nulla fit acquisitio hæreditatis sed continuatio dominii*; ensorte que sans nulle appréhension de l'hérédité ou du fidéicommis, le fils le transmet à son héritier légitime *etiam cum ignoraret*, d'où l'on peut conclure que le fidéicommis échu, encore qu'il n'ait été reconnu, se peut transmettre; par conséquent le droit étant acquis du moment de l'ouverture de la substitution, cela doit suffire pour remplir un degré.

Que par la Coutume générale de France *le mort saisit le vif*, il suit de-là que la condition est échue, le jour arrivé le droit est acquis à celui au profit duquel la substitution est ouverte, lequel est fait seigneur & vrai propriétaire, & réputé possesseur de tous les biens de la succession ou substitution sans aucune appréhension réelle & de fait, laquelle n'étant point nécessaire pour acquérir & transférer le droit, ne paroît point nécessaire aussi pour constituer un degré, §. *persona*, *addita persona gradum facit*. Ces argumens de Claude Henrys, tom. 1, liv. 5, quest. 24 & 60, paroissent pressans; cependant l'on peut répondre solidement, que par l'Ordonnance de Moulins qui a réduit les substitutions à quatre degrés outre l'institution, cette disposition doit s'entendre des personnes qui aient joui de fait & réellement des biens substitués; cette Ordonnance étant contraire & limitative du droit commun, qui permettoit de substituer & d'étendre les substitutions *in infinitum*, *leg. potest* 36, *ff. de vulgar. subst.* il semble qu'il faut compter les degrés par une suite & gradation effective, *verba cum effectu sunt accipienda*, il faut un nombre réel des degrés, une suite de succession de l'un substitué à l'autre; il semble, dans l'esprit des Ordonnances & du Droit Français, que chaque personne doit avoir recueilli les biens substitués, aie reconnu le fidéicommis & que la substitution & les biens qu'elle comprend aient passé sur la tête de quatre personnes successivement outre l'institué, étant censé que celui

celui qui ne veut reconnoître ni accepter le fidéicommis, ou qui le néglige, ne peut être compté pour faire un degré en matiere de substitution; il ne suffit point qu'elle soit ouverte, il faut d'ailleurs qu'elle soit reconnue & acceptée ou autrement, *fideicommissum universale non agnitum non transmititur*, personne ne peut être contraint d'accepter un fidéicommis, une hérédité, un bien, un bénéfice, §. *non enim præscribendum est heredi vel fideicommissario universali cur noluerit hereditatem etiam lucrosam acquirere, cum variæ sint hominum voluntates quorundam negotia timentium quorundam vexationem quorundam æris alieni cumulum, tamen si locuples videatur hereditas, leg. quia*, 4, *ff. ad S. C. Trebell.* L'on ne veut point précédemment s'embarrasser dans une hérédité, §. *nihil enim prohibet eum justam causam habuisse propter quam nolit negotiis hereditariis implicari, leg. si in testam.* 22, §. *si quis in fin. ff. si quis omissa caus. testam. Marie Ricard, des substit. direct. & fideicom. traité* 3, *chap.* 9, *sect.* 6, *pag.* 1, *n.* 773 *& suiv.* traite en maître la question, il rapporte des Arrêts du Parlement de Paris & Grand Conseil, de 1564, 1578, & celui du Grand Conseil du 7 Octobre 1758, qui ont jugé diversement la question. Les premiers, que les personnes qui n'avoient point recueilli le fidéicommis ne laissoient point d'être comptées dans les degrés; & le dernier, qu'il falloit avoir possédé successivement les biens sujets à restitution.

Henrys, tom. 1, *liv.* 5, *quest.* 24, en rapporte un dernier du Parlement de Paris du 20 Juillet 1624, qui a jugé que celui qui n'a point reconnu le fidéicommis ni recueilli *cum effectu*, ne doit point être compté dans les degrés de l'Ordonnance.

Ricard, dans les nombres cités, finit solidement par cette réflexion, que celui qui a été simplement appellé à un fidéicommis, sans le reconnoître & sans en avoir demandé la délivrance, ne peut porter le titre de fidéicommissaire pour devoir être compté au nombre de ceux qui doivent remplir les degrés de l'Ordonnance, n'ayant eu qu'une simple vocation sans effet; il faut le concours de deux volontés, de celle du testateur & du fidéicommissaire, sans quoi la substitution, pour ce qui regarde son degré, n'est qu'un simple projet inutile par l'événement.

Dans les successions *ab intestat*, la Loi *si quis* 4, §. *ult. ff. unde liberi*, décide que si le fils du premier degré ne recueille point la succession, son degré n'est nullement considéré, & les biens de la succession passent à ses petits-enfans comme si leur pere n'eût

PAU.

point été au monde, §. *si filius emancipatus non petierit bonorum possessionem ita integra sunt omnia atque si filius non fuisset*, devant présumer que l'Ordonnance a entendu parler des degrés effectifs, qu'elle n'a voulu comprendre en sa disposition que les personnes qui recueilliront avec effet le profit du fidéicommis.

M. Bretonnier, sur Henrys, cite plusieurs Docteurs. *Vide* d'ailleurs Chopin, *de morib.* Paris, liv. 2, tit. 4, n. 17. Ricard aux endroits cités. Duperier, liv. 4, quest. 8. Expilli, chap. 124, n. 8 & 9. Gueret sur M. Leprêtre, centur. 2, chap. 21.

M. de Catellan, tom. 1, liv. 1, chap. 74, ne parle que dans le cas d'une répudiation. Que si l'un des substitués répudie par acte la substitution, il ne fait point de degré, & la substitution est prorogée jusqu'à celui qui sans cette répudiation auroit été au cinquieme degré. Jugé par Arrêt du Parlement de Toulouse du 14 Août 1660.

Il y a un acte de notoriété de M. le Lieutenant civil du Châtelet de Paris du 4 Novembre 1629, que pour le nombre des degrés le compte se fait par les personnes qui ont appréhendé de droit ou de fait la possession des biens substitués.

Dans l'arrêté de M. de Lamoignon, premier Président, art. 40 des fidéicommis, que chacun de ceux qui recueille la substitution fait un degré différent.

Nous croyons, aidés des sentimens des Docteurs, de la Jurisprudence des Arrêts & de l'art. CXXIV de l'Ordonnance de 1629, qu'il faut avoir recueilli ou du moins accepté la substitution pour former un degré.

Nous estimons aussi que lorsque le substitué a formé la demande, il a suffisamment reconnu & accepté la substitution; ensorte que les fruits des biens substitués doivent lui être adjugés du jour de la demande du fidéicommis, & par-là le substitué doit remplir un degré.

ROUSSILLON.

Le Conseil souverain estime qu'il faut une possession actuelle de la part du fidéicommissaire pour qu'il soit censé remplir un degré.

Les motifs sont fondés sur l'esprit & la lettre de la Loi de Louis XIII, art. CXXIV de l'Ordonnance de 1629.

A l'égard de l'intention du Législateur, il paroît qu'il n'a regardé que l'événement, & qu'il n'a fixé un certain nombre de degrés que pour en déterminer la durée à un certain nombre de possesseurs successifs.

Or celui en faveur de qui la succession a été ouverte, mais qui

ne la pas recueillie ni appréhendée, n'a pas contribué par sa possession à cette durée que le Législateur a voulu fixer ; ainsi, suivant l'esprit de la Loi, il ne doit pas faire nombre. ROUSSILLON.

En second lieu, la lettre de la Loi de Louis XIII est expresse, en ces termes, *que chacun de ceux qui auront appréhendé & recueilli le fidéicommis fassent un degré*, ce qui ne peut être entendu du seul droit déféré, mais du droit consommé par la tradition & par la possession actuelle.

On en doit dire de même du fidéicommissaire qui a fait la simple demande & qui est mort sans en ressentir l'effet. Celui-ci n'ayant pas recueilli & n'ayant pas encore appréhendé le fidéicommis, n'a pas contribué par une possession actuelle à sa durée, qui est l'événement qui a servi de motif au Législateur lorsqu'il a fixé le nombre des degrés.

On doit faire observer que ces questions n'ont pas lieu en Roussillon, ces Ordonnances n'y ayant jamais été envoyées ni enrégistrées. Signés, *Deponte d'Albaret*, de *Villars*, de *Collarés*, *Bonnet* de *Romanya*, *Gispert*, de *Fulla*, *Regnés*, *Després*, *Bonnet* & *Sans*.

IL est d'abord certain que dans l'usage du Parlement de Toulouse, celui qui a répudié la substitution n'est pas censé remplir un degré ; cette Jurisprudence est attestée par un Arrêt rapporté par *M. de Catellan*, *liv.* 2, *chap.* 75. TOULOUSE.

La raison de cette Jurisprudence est, qu'il n'y a point en France des héritiers nécessaires, & l'on ne peut pas par conséquent mettre au nombre des héritiers ou substitués celui qui a déclaré formellement ne vouloir pas l'être.

Il paroît y avoir plus de difficulté de savoir, si celui en faveur de qui la substitution est ouverte de droit, mais qui ne l'a pas recueillie de fait, est censé remplir un degré.

En effet, on peut dire que par la maxime générale du Royaume le mort saisit le vif. Il est d'ailleurs certain que le droit est acquis au substitué du jour de l'événement de la condition, suivant le Droit Romain (*a*), & par conséquent il semble que l'on ne peut priver le substitué du droit qui lui étoit acquis sans aucune renonciation expresse.

Cependant nous estimons que ce substitué n'est point censé rem-

(*a*) §. *Sin autem cod. communia de leg. aut fideicom.*

TOULOUSE.

plir un degré, parce qu'il ne suffit pas que la substitution fût ouverte de droit en sa faveur, mais il faut encore qu'il paroisse qu'il a voulu l'accepter par la raison de la maxime observée ci-dessus, *qu'il n'y a point parmi nous des héritiers nécessaires*, & que nul n'est héritier *s'il ne veut*, & par conséquent il faut que le substitué ait témoigné vouloir accepter, ou qu'il y ait une appréhension de fait.

D'ailleurs les substitutions qui étoient permises à l'infini par le Droit Romain, ayant été restreintes conformément à l'Ordonnance de Moulins à quatre degrés, l'institution non comprise, dans l'usage du Parlement de Toulouse régi par le Droit Ecrit, il paroît juste & convenable, de ne point compter, pour remplir un degré, celui des substitués qui n'a point recueilli ni témoigné vouloir accepter.

D'où il suit que celui qui a formé la demande en ouverture de substitution est compté pour un degré, parce que l'acceptation de la substitution peut être faite *re vel verbis, vel alio quovis voluntatis indicio* (*a*). Signés, *le Président Daspe, Comere de Labastide, Pegueyroles, Bastard*, de *Catellan-Lamasquere, Azemar, Aymard, Caussade*, de *Celés, Parasa, Daspe* de *Meillan* & *Le Masuyer*, Procureur Général.

PARIS.
M. le Procureur Général.

CETTE question en renferme trois, le cas de celui qui a répudié, le cas de celui qui est mort sans déclarer s'il l'acceptoit, & le cas de celui qui est décédé après avoir formé une demande sans avoir été en possession.

Le cas de celui qui a répudié ne paroît pas devoir former un doute. Le Parlement de Toulouse & celui de Bordeaux décident expressément que le degré n'est pas rempli; & quoique les autres Cours n'aient pas parlé de ce cas particulier, on ne peut douter que si on y avoit fait attention on ne l'eût décidé comme ces Parlemens.

Le second cas est plus difficile, il semble d'abord dépendre de la question de la volonté du défunt s'il a eu intention d'accepter ou de refuser. Mais comment former un préjugé sur un homme qui est demeuré dans le silence? si on laisse le champ libre aux conjectures, c'est une source de procès immenses, la présomption de Droit, qui naît du silence, c'est la répudiation; c'est celle qu'il faut embrasser pour éviter les procès & les discussions, le cas d'un substitué qui seroit décédé peu de temps après le grevé, ou qui

(*a*) *L. pro herede, ff. de acquir. vel omit. hered.*

justifieroit même avoir ignoré le décès, sont des événemens trop rares pour former une distinction, *si filius non petierit bonorum possessionem ita sunt integra omnia nepotibus ac si filius non fuisset*, on ne peut mieux faire que d'appliquer cette Loi au cas du substitué qui est décédé sans former aucune demande ; c'est assez le sentiment du Parlement de Toulouse, de celui d'Aix, de celui de Bordeaux, de Pau, de Dijon, de Metz, de Flandres, de Besançon, du Conseil d'Alsace & du Roussillon ; c'est le sentiment des meilleurs Auteurs, on peut dire même que cette décision est conforme au principe. Celui qui n'a point formé de demande n'a jamais pu former un degré, il faut une tête par laquelle la substitution ait passé, qui dit un degré, dit un substitué qui recueille avec effet : la volonté du donateur est toujours que chaque degré soit utile, & quand la Loi borne à deux degrés, elle ne peut avoir d'autre intention : sans demande le substitué n'a rien, puisque étant grevé il n'a que les fruits, & que sans demande il n'a point de fruits ; il est donc évident que n'ayant jamais rien eu ni pu avoir faute de demande il ne peut former un degré. On auroit donc peine à s'écarter de ce sentiment pour se rendre à celui du Parlement de Grenoble, qui semble contraire en ce point aux Arrêts rapportés par M. Expilly.

AIX.

Il est vrai cependant qu'on doit en excepter les cas où le substitué auroit eu droit de recueillir les biens libres dans sa personne, parce qu'alors les biens lui sont échus sans charge du jour du décès du substitué ; ainsi ayant la propriété entiere, s'il n'a pas la possession, il a le droit de revendiquer la possession, en tant qu'il n'a point répudié, il transmet son droit à ses héritiers, quand même il n'auroit fait aucune demande.

Mais pour celui qui a formé sa demande peut-on douter qu'il n'ait accepté & qu'il n'ait par conséquent rempli un degré ? aussi toutes les Cours sont d'accord sur cette question, à l'exception du Parlement de Dijon & des Conseils d'Alsace & de Roussillon ; on avoue qu'on a peine à comprendre que celui qui a réuni le droit qui naît de l'acte dans la substitution, & le fait qui naît de la volonté, n'ait pas rempli un degré ; comment pourroit-on opposer à un substitué l'obstacle de son défaut de possession quand il a fait tout ce qui a été en son pouvoir pour l'acquérir ? Pourroit-on avec justice perpétuer une substitution parce que le possesseur injuste a refusé d'abord la possession à celui qui avoit un droit légitime ? D'ailleurs quelle source de fraude par la possession que le

PARIS.

ſubſtitué ultérieur tâcheroit d'éloigner au ſubſtitué appellé par le procès qu'il s'efforceroit de perpétuer, cette opinion ne paroît pas pouvoir ſe ſoutenir.

Le ſeul doute qu'on pourroit former, & qui n'a été agité que par un ſeul rédacteur, c'eſt celui de la demande formée ; mais que le ſubſtitué eût laiſſé périr. Il ſemble qu'alors s'il a d'abord accepté, il a révoqué, du moins tacitement, cette acceptation ; il ſemble qu'une donation périe étant comme ſi elle n'avoit jamais été, on doit regarder le ſubſtitué comme n'ayant jamais accepté. Mais, d'un autre côté, ſi on autoriſoit la péremption, pour ne pas compter le degré, ce ſeroit autoriſer des fraudes. La péremption dépend du demandeur & du défendeur, celui qui eſt appellé à la ſubſtitution au défaut du demandeur n'eſt preſque jamais né ; ainſi il dépendroit des deux parties de faire tort à un tiers, ou de lui faire avantage en laiſſant courir, en interrompant ou en couvrant la péremption.

D'ailleurs, au jour de la demande formée, le droit & le fait s'étant réunis, le degré eſt rempli ; comment pourroit-on donc le faire diſparoître ? Ainſi on eſtime, *que celui en faveur de qui la ſubſtitution eſt ouverte de droit, ne l'ayant pas recueillie de fait, n'eſt pas cenſé remplir un degré, à moins qu'il n'ait formé demande en ouverture de ſubſtitution, ſi néanmoins il ſe trouvoit dans le dernier degré, enſorte que les biens duſſent parvenir à lui libres de ſubſtitution, alors il tranſmettroit ſon droit à ſes héritiers, quand même il n'auroit point recueilli de fait ni formé ſa demande.*

DOUZIEME QUESTION.

Si la caducité de l'inſtitution emporte la caducité de la ſubſtitution fidéicommiſſaire, ou ſi cette ſubſtitution doit alors être regardée comme convertie en ſubſtitution vulgaire pour ſoutenir le teſtament ? Quid *S'il y a une clauſe codicillaire dans le teſtament ?*

AIX.

LA caducité de l'inſtitution emporte de ſoi la caducité de la ſubſtitution fidéicommiſſaire qui ne ſe convertit jamais en vulgaire, parce que le fidéicommiſſaire doit recevoir néceſſaire-

ment des mains de l'institué, aussi la Loi (*a*) a-t-elle forcé l'institué, qui refuse de recueillir, d'accepter l'hérédité, pour ensuite la remettre au substitué fidéicommissaire, circuit qu'il n'auroit pas été nécessaire de prescrire si la substitution fidéicommissaire avoit pu être convertie en vulgaire, parce qu'alors le substitué auroit recueilli de son propre chef, suivant la définition que les Loix nous donnent de la substitution vulgaire *secundi heredis institutio*.

A I X.

Mais dans le cas auquel le testament renferme la clause codicillaire, il est certain que l'héritier *ab intestat* venant à recueillir par la caducité de l'institution, il demeure chargé de rendre le fidéicommis au fidéicommissaire, de la même maniere que l'héritier écrit en étoit lui-même chargé (*b*).

LORSQUE le testateur après avoir institué Titius s'exprime ainsi; & après lui je substitue Sempronius, il fait plutôt une substitution vulgaire qu'un fidéicommis, & l'on tient, en Provence, qu'alors elle seroit entretenue indépendamment de l'institution, quand même cette institution seroit caduque.

M. LE BRET.

Et si la substitution étoit conçue en termes tels qu'elle ne pût être regardée comme vulgaire, par exemple, je prie Titius, mon héritier, de remettre après sa mort mon hérédité à Sempronius, ce seroit un fidéicommis qui ne seroit conservé que par la clause codicillaire, laquelle ayant été omise rien ne vaudroit; mais la clause codicillaire se trouvant dans le testament, si l'institution de l'héritier écrit étoit nulle, l'héritier *ab intestat* recueilliroit l'hérédité, retiendroit sa quarte trebellianique, & rendroit le reste de ses biens au substitué.

Tout cela n'est que futilité; car si l'on veut que la disposition du testateur soit une Loi par la présomption si souvent démentie, que tout pere de famille est assez sage pour ordonner souverainement de ses biens, devroit-on épiloguer sur les termes dont il se sert pour marquer sa volonté; l'on ne peut douter, qu'en substituant par un terme absolu, il ne veuille qu'après Titius, son héritier insti-

(*a*) *Leg.* 13, §. 3, *ff. ad S. C. Trebell. dicendum erit compellendum eum adire ne prius heres decedens fideicommissarium decipiant.* Boniface, tom. 2 de la derniere compilation, liv. 2, tit. 2, chap. 12.

(*b*) *Leg. penult. ff. de leg.* 2. *authent. ex causa cod. de liberis præteritis.* Duperier en ses max. tom. 1, pag. 511. Boniface, tom. 2, liv. 1, tit. 6, chap. 1, n. 5, §. 3, *cod. de caduc. Toll. leg.* 29, *cod. de fideicommiss.*

M. Le Bret.

tué, Sempronius ait son hérédité ; mais en peut-on douter davantage lorsqu'il prie son héritier Titius de rendre son héritage à Sempronius, cependant c'est sur ces subtiles fadaises que l'on fonde une infinité de procès.

AIX. M Decormis, Avocat.

La caducité de l'institution n'emporte pas la caducité de la substitution fidéicommissaire, si elle est conçue par le mot commun *substitué*, comme s'il est dit, & après lui *je substitue un tel* ; car alors la substitution fidéicommissaire se convertit en vulgaire pour soutenir le testament : mais si la substitution fidéicommissaire n'étoit pas conçue sous le nom *je substitue*, mais bien, *je prie mon héritier de remettre après sa mort mon hérédité à un tel*, la clause codicillaire ne feroit que conserver le fidéicommis, & les héritiers *ab intestat* demeureroient chargés de remettre à l'instant au substitué l'hoirie, en retenant le quart pour leur trebellianique, & s'il n'y avoit pas de clause codicillaire, tout seroit caduque par la caducité de l'institution.

BORDEAUX.

C'est un principe incontestable dans le Droit, que tout testament pour être valable doit contenir une institution d'héritier, & que toutes les fois que cette institution devient caduque, tout le reste du testament tombe de lui-même ; il est vrai que la substitution étant une seconde institution d'héritier, elle soutient le testament si la premiere institution ne peut pas avoir d'effet ; mais cela ne peut s'entendre que d'une substitution directe ou du moins compendieuse, faite *per verbum commune substituo*. Quant à la substitution purement fidéicommissaire, c'est-à-dire qui charge seulement l'héritier institué de remettre l'hérédité au substitué, elle semble supposer que l'institution aura son effet ; & par conséquent dès que l'héritier institué ne peut pas l'être, soit par incapacité, soit parce qu'il est mort avant le testateur, on ne peut s'empêcher de reconnoître que dans la rigueur des regles cela emporte la caducité de la substitution fidéicommissaire. On ne trouve pas même d'usage établi qui ait changé cette disposition du Droit, quoiqu'on sente assez qu'il y auroit de l'équité de s'en départir & de regarder alors la substitution comme convertie en substitution vulgaire pour soutenir le testament.

Que s'il y a clause codicillaire dans le testament, la question est sans difficulté pour la validité de la substitution, l'effet de cette clause étant de charger les héritiers *ab intestat* de remplir toutes les

les dispositions que le testament renferme. Signés, *Gillet* de *Lacase*, *Le Berthon*, *d'Albessard*, *Bigot*, *Jegun*, *Le Moncreau*, *Loyal*, *Dudon*, *Du Vigier* & de *La Tresne*.

BORDEAUX.

QUESTION 12, *ut suprà*, *texte de la question.*

BESANÇON.

TREIZIEME QUESTION.

SI la renonciation de l'héritier institué nuit aux substitués dans la substitution fidéicommissaire?

QUATORZIEME QUESTION.

SI dans tous les cas où l'on décideroit qu'au défaut de l'institué le premier substitué en prend la place, on ne comptera les degrés de substitution qu'en commençant depuis la personne du substitué, sans que le premier qui tient lieu de substitué fasse un degré?

IL est rare, en Franche-Comté, de voir des substitutions fidéicommissaires, elles sont ordinairement compendieuses, ou du moins on y emploie la clause codicillaire; cependant il faut convenir sur la question proposée, que suivant la rigueur du Droit, la caducité de l'institution devroit emporter la nullité de la substitution fidéicommissaire, parce que d'une part, l'institution étant la base & le fondement du testament, dès que l'institution qui y est contenue devient caduque, le fidéicommis, qui est l'accessoire, doit aussi tomber; & que de l'autre, le fidéicommis étant une substitution oblique, il faut que la succession soit acquise à l'héritier institué, pour que le substitué puisse la prendre par ses mains; mais comme il s'agit de faire une Loi nouvelle, l'équité demande que l'on abandonne la rigueur du Droit pour suivre l'intention du testateur, qui a été qu'à défaut de l'héritier le substitué emportât la succession : on trouve même dans le Droit un exemple de cette interprétation favorable dans les substitutions vulgaires & pupillaires, qui par une conversion réciproque se changent de l'un à l'autre; car si le testateur a disposé en termes exprès à titre de substitution vulgaire, elle se convertira en pupillaire supposé que le cas de celle-ci arrive *& vice versa*, la pupillaire se convertira en vulgaire, si au lieu du cas exprimé celui qui ne l'est pas arrive, parce que l'on doit présumer que si le testateur eût pu prévoir le

QUEST. 12.

BESANÇON.

cas de la ſubſtitution qui devoit arriver, vraiſemblablement il l'auroit exprimé; ainſi pour ſoutenir le teſtament par le moyen de la ſubſtitution, il eſt de l'équité d'étendre la volonté du teſtateur à ce qu'il n'a pas exprimé. *Preſumitur enim quod ſi teſtator de uno cogitaſſet potius quam de altero, veriſimiliter illum expreſſiſſet, ideoque quidquid contigerit videtur tacitè voluiſſe ſubſtitutum ad ſucceſſionem admitti ex utroque caſu, leg. 4, ff. de vulgari & pupill. ſubſtit.* Il eſt vrai qu'il a fallu pour cela une Conſtitution de l'Empereur; mais le Roi a la même autorité pour ordonner l'extenſion de la ſubſtitution fidéicommiſſaire à la directe, pour donner une exécution entiere à la volonté du teſtateur, en ſuppléant, ce que vraiſemblablement il a penſé; mais il faut pour cela une Loi du Prince, le Droit admet déja cette conceſſion en faveur de la milice & de la liberté. Mantica, de conject. lib. 8, tit. 3, n. 10 & 11, on peut prendre pour cela le parti de déclarer que la clauſe codicillaire ſera cenſée inſérée dans les teſtamens, c'eſt ce qui ſe trouve ordonné par les nouvelles Ordonnances du Roi de Sardaigne, liv. 5 des dernieres volontés, tit. 2, art. 17, en ces termes: *la clauſe codicillaire ſera inſérée dans tous les teſtamens, quand même on auroit omis de l'y inſérer.*

QUEST. 13.

Il paroît encore que la renonciation de l'héritier inſtitué ne peut pas nuire au ſubſtitué; ſi l'on embraſſoit l'opinion contraire, il pourroit arriver qu'un héritier ſubſtitué, fort âgé ou caduc, renonceroit pour empêcher que le ſubſtitué, qui ſeroit ſon ennemi, profitât après ſon décès de la ſubſtitution, ou peut-être même dans la vue de favoriſer les héritiers *ab inteſtat*, ce qu'il n'eſt pas juſte d'admettre.

QUEST. 14.

Au ſurplus, lorſque le premier ſubſtitué prend la place de l'inſtitué, il ne doit pas faire un degré, par la raiſon que dans ce cas le ſubſtitué reçoit la ſucceſſion immédiatement du teſtateur, & doit être enviſagé comme le premier héritier, lequel, ſuivant l'Ordonnance, ne doit pas être compté.

Ainſi les Commiſſaires eſtiment, qu'il doit être dit qu'à l'avenir la caducité de l'inſtitution n'emportera pas la caducité de la ſubſtitution fidéicommiſſaire, que la ſubſtitution en ce cas ſera convertie en vulgaire, que la clauſe codicillaire ſera ſuppléée dans tous les teſtamens, ſans néanmoins qu'elle puiſſe couvrir, dans les Pays de Droit Ecrit, le défaut d'inſtitution en ligne directe, que la renonciation de l'héritier inſtitué ne doit pas nuire au ſubſtitué dans la ſubſtitution fidéicommiſſaire, quand même cette renon-

ciation feroit faite par forme de convention & après le décès du teftateur; car fi elle eft faite auparavant elle eft nulle ; ils eftiment enfin que dans le cas où le premier fubftitué prend la place de l'inftitué, il ne doit pas faire un degré. Fait & arrêté le 9 Août 1730. Signés, *Boifot*, *Efpiard*, *Tinfeau*, *Dorol* & *Boquet de Courboufon.*

BESANÇON.

La fubftitution eft ou vulgaire, ou pupillaire, ou fidéicommiffaire ; cette derniere eft appellée oblique par les Jurifconfultes.

COLMAR.

Toute fubftitution de quelqu'une de ces trois efpeces qu'elle tienne, eft une feconde inftitution, c'eft un principe de Droit dont on ne peut s'écarter. Cela pofé, la caducité de la premiere emporte-t-elle la caducité de la feconde ? Confultons *Zoefius*, *lib.* 28, *tit.* 16 *de vulgar. & pupill. fubftit.* §. 11, il nous dira que la négative doit avoir lieu, *inftitutione facta caduca fubftitutio revocatur ad inftitutionem, & fubftitutus evadit in primum gradum & fuccedit loco inftituti*, en quoi il fe fonde fur les *Loix* 36 *&* 39, *ff. de vulg. & pupill. fubftit.*

La Loi 9, *cod. de inftit. & fubftit. la Loi* 4, *cod. de impub. & ult. fubftit.* décide que la fubftitution vulgaire s'étend à la pupillaire *& vice verfa*, la pupillaire à la vulgaire ; & comme la vulgaire ne differe de la fidéicommiffaire que dans les termes, l'une & l'autre ayant le même effet, attendu que dans la fidéicommiffaire la tacite vulgaire fe trouve comprife, nous penfons que la fubftitution fubfifte malgré la caducité de l'inftitution, foit qu'on l'envifage comme vulgaire ou comme fidéicommiffaire.

Que fi l'on trouve dans le teftament une claufe codicillaire, cette claufe ne change rien à la queftion.

Nous difons donc que la caducité de l'inftitution n'emporte point la caducité de la fubftitution fidéicommiffaire, foit que le teftament contienne ou non une claufe codicillaire. Signés, de *Corbefon*, *Holdt*, *Muller* & *Mulle.*

C'est un principe que l'inftitution d'héritier eft la bafe du teftament, de telle forte que fi elle fe trouve révoquée par le teftateur, ou fi elle devient caduque par le prédécès de l'héritier principal & direct, mais tout réfifte à cette converfion, la nature des fubftitutions fidéicommiffaire & vulgaire eft bien différente, l'une eft oblique, l'autre eft directe : celle-ci donne droit au fubftitué de prendre les biens comme en étant devenu le maître ; celle-là affujettit le fubftitué de la recevoir de l'héritier inftitué. Le cas

DIJON.

DIJON.

de ces deux substitutions sont infiniment opposés, la fidéicommissaire exige un héritier qui ait recueilli la succession, & la vulgaire suppose qu'il n'y a point d'autre héritier qui l'a recueille; il n'est pas surprenant que les Jurisconsultes & les Interpretes aient concouru à convertir réciproquement la substitution vulgaire & la pupillaire, toutes deux sont des substitutions directes, & il n'y a point une opposition formelle entre les différens cas qui peuvent y donner lieu.

Malgré cette opposition toujours subsistante entre la fidéicommissaire & la vulgaire, il faut convenir que la conversion de la fidéicommissaire en vulgaire a été introduite par Ulpien en faveur de la milice & de la liberté, ainsi que M. Denis Godefroy l'observe (*a*). Depuis, le Jurisconsulte Marcianus (*b*) paroît avoir communiqué ce privilege à tout citoyen qui a ignoré la mort de son héritier; & quoique le même Godefroy ait pensé que cette extension de la conversion de la fidéicommissaire en vulgaire n'avoit été faite qu'en faveur de la liberté, les Commissaires estiment qu'il est plus équitable de la conserver dans tous les testamens & de toute sorte de personnes, lorsque le décès de l'héritier institué n'a pas été connu du testateur, parce que dans cette ignorance on ne peut pas dire qu'il ait prévu la caducité de son testament, ni qu'il ait changé de volonté sur la destination de ses biens en ne faisant pas une nouvelle disposition.

Quid. S'il n'y a une clause codicillaire dans le testament? L'effet de cette clause est de soutenir & de conserver les dispositions du testament caduque, en obligeant les héritiers *ab intestat* de délivrer le fidéicommis, parce que le testateur est censé les en avoir prié par la clause codicillaire dont l'effet a été reconnu par tous les Jurisconsultes, lorsque le testament où elle est contenue ne se trouve défectueux que par l'omission de quelques solemnités ou par la caducité de l'institution; car si le testament étoit censé avoir été fait par un homme *quasi non sanæ mentis*, comme un testament où un homme a prétérit son fils, les Commissaires se sont expliqués dans les premieres conférences, que la clause codicillaire ne couvre point le vice de la prétérition, & qu'elle demeure sans aucun effet comme le testament. Signés, de *Birbisey*, de *La Marre*, *Bouhier*, *Normand* puîné, *Quarré* & *Genreau*.

(*a*) *L.* 2, §. 4, *ff. de testam. milit.*
(*b*) *Leg.* 4, *eod.*

FLANDRES.

La caducité de l'institution qui arrive lorsque l'héritier institué meurt avant le testateur, emporte la caducité de la substitution suivant la rigueur du Droit Romain, & cette substitution ne peut être convertie en vulgaire, parce que la substitution fidéicommissaire suppose un héritier institué, de la main duquel le fidéicommissaire doit prendre le fidéicommis, & il n'y a, suivant ce droit, que la clause codicillaire qui puisse faire valoir la substitution fidéicommissaire, en faisant présumer que la volonté du testateur a été de charger également l'héritier légitime de la prestation du fidéicommis; mais comme par nos mœurs l'institution d'héritier n'est point nécessaire, & que nos testamens ne sont considérés que comme des codicilles, nous croyons qu'indépendamment de la clause codicillaire la substitution fidéicommissaire doit subsister nonobstant la caducité de l'institution. Signés, *Polinchon*, *Pinault* de *Bannaux*, *Douche* de *Beaulieu*, *Visant* de *Ponange*, de *Burges*, *Bissehop*, *Curpin* de *Calonne*, *J. Vaymel*, *Duparq* & *Vernimen*.

GRENOBLE.

La caducité de l'institution emporte la caducité de la substitution fidéicommissaire, les Loix qui le décident sont rapportées par *Peregrinus* dans son traité des fidéicommis, *art.* 15, *n.* 19, & elle ne peut être convertie en substitution vulgaire qui lui est absolument contraire, *nam vulgaris ut locum habeat requiritur quod primus rem non habeat, fideicommissaria vero præsuponit illum qui gravatur dare rem habere quia alias dare non posset*; c'est le raisonnement de ce Docteur qui est certain, dès que la substitution est purement fidéicommissaire.

Le Jurisconsulte Pomponius in L. si nemo 9, *ff. de testam. tut.* dit que, *si nemo hereditatem adierit nihil valet ex his quæ testamento scripta sunt.*

Mais si dans le testament il y a une clause codicillaire, les fidéicommis & les légats sont soutenus par cette clause; & quoique l'addition de l'hérédité ne puisse être faite *ex testamento*, les héritiers *ab intestat* sont obligés, *præstare legata & fideicommissa non solum particularia sed etiam fideicommissum universale retenta quarta trebellianica. L. ex ea scriptum* 29, *cod. de fideicommissis. Leg.* 1, §. 1, *cod. de codill. M. Guy Pape*, *quest.* 323 & 513.

Cela a été jugé par Arrêt rendu en l'Audience publique le 18 Mars 1706, président M. le Président de Grammont, la cause étoit entre le sieur de Baux, Professeur de l'Université de Valence, & deux de ses neveux, l'institution étoit caduque par le prédécès

GRENOBLE.

de l'héritier institué, & la substitution fidéicommissaire, en faveur du sieur Baux, fut entretenue par la clause codicillaire, avec adjudication de la quarte trebellianique aux héritiers *ab intestat.* Signés, *Grammont*, premier Président, *Lacroix*, de *Sayne*, de *Loyssin*, *Morel*, *Montrivier*, & *Vidault*, Procureur Général.

METZ.

La caducité de l'institution doit emporter la caducité de la substitution fidéicommissaire, à moins que dans le testament il n'y ait une clause codicillaire. Signés, de *Montholon*, *J. Pierre*, de *Lange*, *Bertrand*, *Musac*, *Le Goulon* de *Champel*, *Bonneau* & *Lançon*.

PAU.

Nous ne savons pas que cette question se soit présentée dans ce Parlement; mais nous croyons que dans la Loi nouvelle il est plus convenable de décider que la substitution fidéicommissaire est convertie en vulgaire pour soutenir le testament; car puisque la substitution vulgaire est comprise dans la pupillaire, à plus forte raison la vulgaire doit être comprise dans la fidéicommissaire. Il est bien à présumer que le testateur qui a voulu que le substitué succédât à l'héritier, a voulu aussi que le substitué lui succédât si l'héritier ne pouvoit pas lui succéder; mais à bien plus forte raison s'il y a une clause codicillaire dans le testament, parce que dans ce cas le testament est converti en codicille dans lesquels on peut faire un fidéicommis. Signés, de *Gaubert*, *Casaux*, *Mignon*, *Deodat*, *Desclaux*, *Mesplés*, *Bordenave*, *Dejean*, *Lesan*, *Bonecase*, *Casenave* & de *Caseaux*.

PAU.
M. DE GAUBERT, premier Président.

Il semble, d'un préalable, de ramener les principes & la différence de la substitution vulgaire & de la fidéicommissaire.

La substitution vulgaire est une institution d'un héritier appellé au défaut d'un autre, qui ne pourra ou ne voudra prendre cette qualité d'héritier, §. *Lucius Titius hæres esto, si mihi Lucius Titius hæres non erit, tunc Seius hæres mihi esto. L.* 1, §. 1, *ff. de vulgar. & pupill. substit.* Si l'héritier institué, qui est le premier appellé pour succéder au testateur, vient à recueillir la succession, la substitution vulgaire est anéantie; ainsi le droit du substitué tombe, devient inutile & caduc, dès que l'héritier institué a usé du sien, §. *quandiu prior hæres institutus hereditatem adire potest substitutus non potest. L.* 3, *ff. de acquir. vel amit. hered.*

C'est encore un principe qu'on peut substituer nonseulement un

ſecond héritier au défaut du premier, mais un troiſieme au défaut du ſecond, & encore pluſieurs autres en pluſieurs degrés, §. *heredes aut inſtituti dicuntur aut ſubſtitui inſtituti primo loco ſubſtituti ſecundo, vel tertio gradu*, *leg.* 1, *ff. de vulgar. & pupill. ſubſtit.* mais dès que le premier inſtitué ou autre ſubſtitué a recueilli à ſon tour, la ſubſtitution tombe pour les autres appellés.

L'on entend par ſubſtitution fidéicommiſſaire une diſpoſition qui fait paſſer une ſucceſſion de la perſonne de l'héritier à une autre ſucceſſion après le temps réglé par le teſtament ou autre acte, §. *ut eam hereditatem reſtituat alii*, §. 2, *inſtit. de fideicom. hered.* §. *rogo te Luci Titi cum primum poteris hereditatem meam adire eam Caio Seio reddas reſtituas poſt quinquennium cum moreretur*, *leg.* 78, §, 9, *ad S. C. trebell.*

Dans les ſubſtitutions fidéicommiſſaires les appellés les recueillent dans l'ordre réglé par le teſtateur chacun à ſon tour; au lieu que dans la ſubſtitution vulgaire, ſi l'héritier inſtitué, ou le premier ſubſtitué, ou autre la recueillent, dès ce moment, la ſubſtitution vulgaire tombe & n'a nul effet pour les autres ſubſtitués appellés dans les degrés les plus éloignés.

Dans cette queſtion propoſée, il ſemble d'abord que la caducité de l'inſtitution de l'héritier emporte la caducité de la ſubſtitution fidéicommiſſaire; le teſtament eſt cenſé nul par le prédécès de l'héritier inſtitué, parce que le teſtateur ayant ſurvêcu à l'héritier, l'inſtitution d'héritier eſt rendue caduque & s'évanouit. L'inſtitution d'héritier ſervant de baſe & de fondement à un teſtament, n'y ayant plus d'héritier, la ſubſtitution & tout ce qui eſt acceſſoire tombe auſſi; d'ailleurs il falloit que l'hérédité eût été acquiſe à l'héritier inſtitué, pour que le ſubſtitué pût la recueillir de ſes mains, la ſubſtitution étant une inſtitution ſeconde & oblique, qui ſuppoſe une ſuite ſucceſſive & une reſtitution par degrés.

L'on peut dire, au contraire & plus ſolidement, qu'un teſtament portant inſtitution & ſubſtitution, la caducité de l'une n'emporteroit point la caducité de l'autre, puiſqu'on ne ſubſtitue qu'au défaut de l'inſtitution, la ſubſtitution n'étant qu'une ſeconde & ſubſidiaire inſtitution, & une ſubrogation d'une perſonne au défaut de l'autre, étant préſumé *benigna interpretatione*, que l'intention du teſtateur a été que ſon hérédité paſsât au ſubſtitué au défaut de l'héritier inſtitué.

Tous les Interpretes conviennent que la ſubſtitution vulgaire a été étendue à la pupillaire & la pupillaire à la vulgaire; ils

PAU.

conviennent aussi que la substitution fidéicommissaire expresse contient la vulgaire tacite & conjecturée, ou plutôt que la fidéicommissaire est convertie en directe ou vulgaire, qui est la même chose. On présume, par exemple, dans la pupillaire (le pupille étant décédé avant les quatorze ans) que le substitué doit recueillir la substitution; & même le pupille étant décédé avant le testateur, le substitué au pupille est censé institué *primus cum nemo eum antecedit*. Il en est de même dans la substitution fidéicommissaire regardée comme seconde institution, le premier institué étant décédé & ayant fait place au substitué, celui-ci, *sub intrat ejus gradum*, est censé le premier institué. *Jean-Marie Ricard* parle sur la question assez succintement des substitutions directes & fidéicommissaires, *traité* 3, *chap.* 6, *n.* 265; il pense comme *Claude Henry*, *tom.* 1, *liv.* 5, *quest.* 22, que la caducité de l'institution n'emporte point la caducité de la substitution fidéicommissaire, laquelle en ce cas doit être regardée comme convertie en substitution vulgaire pour soutenir le testament, étant nécessaire qu'il reste un héritier institué dans le testament pour qu'il subsiste, *institutio heredis caput & fundamentum instrumenti*.

M. de Lamoignon dans ses arrêtés, titre des fidéicommis, art. 11, quand le premier, second, troisieme & autres degrés sont caducs, le degré qui suit immédiatement celui qui est caduc est subrogé en sa place, le fidéicommis peut passer du premier degré au dernier, lorsque les degrés intermédiaires n'ont point eu de lieu encore que le fidéicommis soit universel.

Nous estimons que la caducité de l'institution n'emporte point la caducité de la substitution, la substitution devant être regardée, *benigna interpretatione*, comme convertie en substitution vulgaire pour soutenir le testament, l'on ne substitue que prévoyant la caducité de l'institution, la substitution n'est qu'une seconde & subsidiaire institution, & une subrogation d'une personne au défaut d'une autre, devant d'ailleurs présumer de l'intention du testateur substituant, qui a voulu que son hérédité passât au substitué dans tous les cas & dans tous les temps au défaut de l'héritier institué.

Quid. A plus forte raison s'il y a une clause codicillaire dans le testament, le testateur déclarant que son testament vaille comme codicille ou en telle autre maniere que faire se pourra, dans ce cas le testament vaudra comme codicille, par une disposition comme oblique & fidéicommissaire, le codicille n'exigeant point une institution d'héritier, & une hérédité pouvant être transférée par

par une ſubſtitution fidéicommiſſaire, §. *directo autem hereditas codicillis neque dari neque adimi poteſt, nam per fideicommiſſum hereditas codicillis jure relinquitur*, §. *codicillis* 2, *inſtit. de codicillis.*

PAU.

Nous croyons qu'il n'y a nulle difficulté à décider, que la clauſe codicillaire inſérée au teſtament, fait ſubſiſter la ſubſtitution fidéicommiſſaire.

ROUSSILLON.

Il eſt de l'eſſence du teſtament, ſoit par écrit ou nuncupatif, qu'ils contiennent une inſtitution d'héritier qui eſt la baſe du teſtament & qui ſoutient toutes les autres diſpoſitions qui y ſont contenues; ainſi il eſt conſtant, ſuivant les regles, que ſi le teſtateur avoit omis d'inſtituer un héritier, le teſtament ne pourroit ſe ſoutenir.

Bien plus, ſi l'héritier inſtitué par le teſtament ſe trouvoit décédé lorſque le teſtateur viendroit à mourir, ou bien ſi ſe trouvant vivant il étoit incapable de recueillir l'hérédité, ce teſtament ſeroit caduque & demeureroit inutile & ſans effet, ſuivant la diſpoſition de la *Loi* 1, *cod. de fideicommiſſ. libert.*

Les ſubſtitutions fidéicommiſſaires, auſſi-bien que les autres diſpoſitions contenues dans le teſtament, tomberoient & deviendroient entiérement inſoutenables.

Dans les ſubſtitutions directes celui qui ſuccede prend l'hérédité immédiatement de la main du teſtateur, au lieu que dans les ſubſtitutions fidéicommiſſaires le fidéicommiſſaire prend l'hérédité de la main du premier héritier; d'où il ſuit que dans le cas où il n'y a aucun héritier qui puiſſe ſuccéder directement au teſtateur, il n'y a perſonne de la main de qui le fidéicommiſſaire puiſſe prendre l'hérédité, & par conſéquent ſon fidéicommis devient de nulle valeur.

Les Auteurs du Droit convertiſſent quelquefois les ſubſtitutions directes, & ſont d'avis que l'une peut être étendue à une autre; quelquefois une vulgaire expreſſe renferme une pupillaire tacite, & une pupillaire expreſſe emporte en ſon cas une vulgaire tacite; mais on ne trouve point dans le Droit qu'une ſubſtitution fidéicommiſſaire ſoit convertie en une ſubſtitution directe; il eſt vrai que lorſque la ſubſtitution fidéicommiſſaire eſt faite par une ſubſtitution compendieuſe, elle n'eſt pas regardée uniquement comme fidéicommiſſaire, & elle devient quelquefois directe.

Mais cela ne provient pas de ce que la ſubſtitution fidéicom-

ROUSSILLON.

missaire soit convertie en substitution directe, mais bien de ce que la substitution compendieuse n'est pas une seule espece de substitution, mais les contient toutes en abrégé, *& compendio verborum*; de telle façon que le cas arrivant, elle est regardée tantôt comme substitution directe, tantôt comme une substitution fidéicommissaire; ce qu'on ne peut pas dire d'une simple substitution fidéicommissaire qui ne peut jamais changer de nature & être regardée comme une substitution, en force de laquelle le fidéicommissaire puisse prendre directement la succession de la main du testateur.

Par tous ces motifs, le Conseil souverain (si un pareil cas se présentoit) décideroit que la caducité de l'institution emporteroit la caducité de la substitution fidéicommissaire, & que celle-ci ne sauroit être convertie en substitution vulgaire pour soutenir le testament.

Cependant si dans le testament il y avoit une clause codicillaire insérée, quoique l'institution demeure anéantie, pour lors le testament aura l'effet d'un codicille, & il n'y aura point de difficulté que le fidéicommis doit subsister comme s'il avoit été fait par un simple codicille; ainsi dans un pareil cas le Conseil souverain du Roussillon, suivant les maximes du Droit Romain, ne feroit pas difficulté de soutenir, en force de la clause codicillaire, le fidéicommis contenu dans le testament, & de condamner, celui qui recueilliroit la succession du testateur, à restituer au fidéicommissaire les biens sujets aux fidéicommis, quand bien même le successeur seroit *ab intestat*, quoique jusqu'à présent il n'y ait pas une Jurisprudence établie par des Arrêts, n'apparoissant pas que cette question ait été jugée jusqu'à cejourd'hui. Signés, *Deponte, d'Albaret*, *Dupont*, de *Villars*, *Collarés*, *Bonnet* de *Romanya*, *Gispert* de *Fulla*, *Regnés*, *Desprès*, *Bonnet* & *Sans*.

TOULOUSE.

SUIVANT les Loix la caducité de l'institution emportoit la caducité du fidéicommis (*a*), l'on s'éloignoit toutefois de cette regle en certains cas.

1°. Lorsque le testateur avoit ignoré la mort de l'héritier grevé.

2°. Quand l'institution avoit été faite par un soldat.

(*a*) *Leg.* 78, *ff. de leg.* 1°. *Leg.* 14, *cod. de fideicom. Le* §. 5, *de fideicom.* aux Instit. *L.* 14, *ff. de testam. milit. L.* 13, *ff. eod.*

3°. Quand les héritiers *ab inteſtat*, le cas échéant, avoient été chargés de rendre le fidéicommis (*a*).

Cette regle étoit fondée ſur ce que ne pouvant y avoir de teſtament ſans héritier, & d'héritier ſans adition, laquelle ne pouvoit ſans doute être faite ſi l'héritier décédoit durant la vie du teſtateur ; il falloit, par une conſéquence néceſſaire, que le prédécès de l'héritier fît tomber le teſtament & par conſéquent le fidéicommis.

Il falloit encore, ſuivant les Loix (*b*), que le fidéicommiſſaire prît le fidéicommis de la main de l'héritier, & c'étoit un autre fondement de la regle dont nous venons de parler ; or l'héritier décédé durant la vie du teſtateur n'ayant pas recueilli le fidéicommis ni pu le faire, ne pouvoit pas le reſtituer, ni le ſubſtitué fidéicommiſſaire le recevoir. Il étoit indiſpenſable que dans ce cas le fidéicommis tombât ; mais comme l'adition de l'hérédité n'eſt plus néceſſaire, que cette formalité (production de la ſubtilité des Romains) a été abolie en France dans les Pays de Droit Ecrit, que ſuivant notre uſage la ſubſtitution fidéicommiſſaire paſſe ſans circuit ſur la tête du ſubſtitué fidéicommiſſaire au moment que le fidéicommis eſt ouvert, en telle ſorte que toutes les actions réſident ſur lui, avec cette ſeule limitation toutesfois qu'il n'en peut profiter, comme on le remarquera ſur une autre queſtion, qu'après que les diſtractions ont été faites ſur la tête des héritiers de l'héritier grevé, *ex equitate*, dit un de nos Auteurs (*c*), *non eſt opus aliqua reſtitutione verbali, vel reali, ipſo jure tranſit fideicommiſſum in fideicommiſſarium ſubſtitutum, & ſecundum hanc æquitatem judicatur, ut vidi in Parlamento Toloſano.* Le fondement de l'ancienne Juriſprudence Romaine tombe parmi nous.

D'ailleurs, de là que Juſtinien (*d*) a ordonné que toutes les diſpoſitions faites dans un teſtament nul par la prétérition ou injuſte exhérédation des enfans ſubſiſteroient, & que dans le cas que l'héritier négligeroit d'exécuter la volonté du teſtateur, l'hérédité paſſeroit ſur la tête du fidéicommiſſaire ; on peut en induire, que ſuivant l'eſprit de cet Empereur, la caducité de l'inſtitution ne doit pas nuire au fidéicommiſſaire, contre la volonté du teſtateur

(*a*) *Leg. unica cod. de cad. tollend.* §. 5.
(*b*) *Leg.* 78, *ff. de legat.* 1°.
(*c*) *Benedict. in cap. Raynut. vol.* 2, *n.* 85.
(*d*) *Authent. ex cauſâ cod. deliber. Præter. Novell.* 1. *cap.* 3.

TOULOUSE.

si clairement marquée dans le testament que l'on veut faire déclarer nul par la caducité de l'institution, laquelle volonté du testateur, qu'il suffit, sur-tout en fait de fidéicommis, de constater, doit prévaloir sur les substitués de droit (*a*).

On a cru enfin qu'il étoit de l'équité de confondre en ce point la substitution fidéicommissaire avec la vulgaire ; or comme la caducité de l'institution n'emporte pas la caducité de la substitution vulgaire, elle ne doit pas emporter celle de la substitution fidéicommissaire (*b*).

Il n'y auroit aucune difficulté en la question proposée, si la clause codicillaire étoit contenue dans le testament attaqué par la caducité de l'institution, parce qu'alors le testament vaudroit comme codicille, & les héritiers *ab intestat* seroient censés priés de rendre l'hérédité au fidéicommissaire (*c*).

Comme depuis plusieurs siecles l'on est dans l'usage, dans notre ressort, d'insérer la clause codicillaire dans les testamens, il n'est pas extraordinaire que l'on ne trouve point dans nos Arrestographes une foule de décisions précises sur la question proposée.

Celles que l'on trouve dans ceux du Parlement de Paris n'ont point d'application, parce que dans l'espece des Arrêts qu'ils rapportent, la clause codicillaire étoit insérée dans les testamens attaqués par la caducité de l'institution (*d*).

Nous jugeons donc que dans le cas de la caducité de l'institution, le fidéicommis subsiste indépendamment même de la clause codicillaire, laquelle leveroit toute difficulté si elle étoit insérée dans le testament attaqué. Signés, le *Président Daspe*, *Comere* de Labastide, *Pegueyroles*, *Bastard*, *Azemar*, *Cassan*, de *Catellan-Lamasquere*, *Caussade*, *de Celés*, *Paraza*, *Daspe de Meillan*, *Le Mazuyer*, Procureur Général.

PARIS.
M. le Procureur Général.

On peut d'abord décider le cas de la clause codicillaire, parce qu'on ne peut raisonnablement douter qu'elle ne remédie efficacement à la caducité du fidéicommis que le substitué reçoit alors de la main de l'héritier *ab intestat*, au lieu de le recevoir de celle de

(*a*) *Leg.* 15, *cod. de fideicom.*

(*b*) M. Maynard, liv. 7, chap. 16.

(*c*) La glose sur la Loi 14, *cod. de fideicom.* Cujas sur la Loi 27, *ff. qui testam. fac. poss.* Henrys, tom. 1, liv. 5, chap. 4, quest. 22. Ricard des substit. fidéicom.

(*d*) Henrys, *ibid.* liv. 5, tome du Journal des Audiences, liv. 12, chap. 1.

l'héritier testamentaire. Il seroit même facile de constater, cette vérité par le suffrage réuni de toutes les Cours, & par l'Arrêt célebre du testament de M. l'Abbé d'Orleans.

Mais la premiere question, toute nue, est de la nature de celles où chacun peut prendre un parti fondé sur des raisons très-solides, parce que l'avis de l'affirmative est fondé sur la rigueur du Droit, & la négative sur l'équité ; c'est ce qui a tellement divisé les Cours, que leurs suffrages forment un partage presque égal ; les Parlemens de Toulouse, de Pau, de Dijon, de Besançon, & le Conseil d'Alsace tiennent pour la validité du fidéicommis. Ceux de Bordeaux, de Grenoble, d'Aix, de Metz, de Flandres, & le Conseil de Roussillon sont pour la caducité. Il paroît assez inutile de traiter ici tous ces principes du Droit, qui établissent qu'il n'y a aucun testament sans institution, & que le fidéicommis supposant un héritier institué chargé de restituer, ne peut se soutenir dès qu'il n'y a plus d'héritier, & de traiter aussi tout ce qui peut appuyer les moyens en faveur de la volonté de l'homme, qu'il semble juste de faire subsister sans avoir égard aux subtilités du droit ; de fortifier enfin ces moyens de ces exemples tirés de la Novelle 1 & de la Novelle 15, de la fiction si favorable qui fait regarder alors la substitution comme une premiere institution, & la substitution fidéicommissaire comme une substitution vulgaire, dont l'objet, en effet, semble être le même, & qui ne différent que de nom.

Ces principes seroient nécessaires pour décider la question, s'il s'agissoit de la décider par principes ; mais il s'agit de faire une nouvelle Loi, qui doit se former sur ce qui peut être plus avantageux aux peuples dans les Pays de Droit Ecrit, car cette question ne peut regarder le Pays Coutumier où les testamens ne sont que des Codicilles.

Si l'on examine de quel côté est l'avantage, on aura peine à le décider ; pourvu que la Loi soit faite, il importe peu de quelle maniere elle le soit ; il suffit que les peuples en soient instruits. Si l'on décide pour la validité du fidéicommis, on assurera la volonté du testateur sans autre formalité ; si l'on décide pour la caducité, les testateurs seront avertis qu'il faut ajouter une clause codicillaire pour faire valoir le fidéicommis.

Comme il faut cependant se déterminer, on croit qu'il convient toujours mieux de conserver les véritables principes qui distinguent la substitution vulgaire de la fidéicommissaire, par des

PARIS.

caracteres si marqués, qu'il ne paroît pas qu'ils puissent autoriser la conversion de l'un dans l'autre. La premiere est dans le cas que l'héritier désigné ne sera pas héritier; l'autre dans le cas qu'il sera héritier. Peut-on donc transformer la volonté d'un cas à un autre cas opposé? Cette conversion, qui ne peut jamais être appliquée à un fidéicommis particulier, pourroit-elle l'être à un fidéicommis universel?

Les exemples des conversions soit dans le testament militaire, soit en faveur de la liberté, quoique le premier cas puisse encore souffrir quelque doute, sont des exceptions à la regle qui semblent la confirmer dans les autres cas. La difficulté même de celle des Cours qui voudroient introduire la conversion, les unes sans restriction, les autres pour le cas seulement où le testateur auroit ignoré le décès de l'héritier institué, d'autres par la supposition de la clause codicillaire dans tous les testamens, cette diversité fait bien sentir combien cette conversion en elle-même a paru contraire aux vrais principes. Une nouvelle raison, qui paroîtroit devoir fortifier cet avis, c'est (qu'outre que cela peut diminuer les effets du fidéicommis dans le cas de la caducité s'il n'y a clause codicillaire) cela donne aussi, dans le cas de la clause codicillaire, un avantage à l'héritier *ab intestat* qui peut retenir la quarte trebellianique.

Mais ces dernieres raisons sont un motif pour ne pas adopter l'usage du Parlement de Besançon, qui voudroit que la clause codicillaire fût toujours suppléée, puisque cette vue ne peut aller, dans plusieurs cas, qu'au détriment des héritiers *ab intestat*.

Quelques-uns des MM. avoient pensé, que sans suppléer dans tous les cas, & sans décider même pour la conversion de la substitution fidéicommissaire en vulgaire, la nouvelle Loi pourroit seulement ordonner, qu'en cas de prédécès de l'institué le substitué entreroit dans ses droits pour profiter de l'institution & la prendre directement des mains du testateur; mais tout pesé, on a cru que les principes s'opposant à cette vue, il ne convenoit jamais, dans ce qui est des principes généraux, tels que la nécessité de l'institution d'héritier, de les déranger, & de troubler l'harmonie de tout le corps de la législation, sans nécessité ou avantage, ce qui ne pourroit se trouver ici, puisque le testateur pourroit tout prévoir par la clause codicillaire.

On a pensé d'ailleurs que par cette voie il faudroit, ou que les legs particuliers qui seroient caducs par la caducité de l'institution,

tournassent au profit de l'institué contre la volonté du testateur, ou que la nouvelle Loi ordonnât de même que les légataires particuliers prendroient leurs legs des mains du testateur, ce qui seroit encore une nouvelle opposition aux principes. PARIS.

On a pensé enfin qu'il ne convenoit pas d'ôter, même au testateur, la faculté ou de laisser ses biens à son héritier *ab intestat* dans le cas de la caducité, ou de l'en frustrer par la clause codicillaire.

Cette vue ou ce motif ont paru d'abord assez singuliers à quelques-uns; quand le testateur a envisagé nonseulement l'héritier institué, mais le substitué par préférence à l'héritier *ab intestat*, il semble avoir voulu les lui préférer l'un & l'autre; peut-on donc lui substituer une autre volonté en faveur de l'héritier *ab intestat* dans le cas de la caducité? Mais malgré cette réflexion, on a pensé qu'il n'étoit pas impossible qu'un testateur eût eu en vue de préférer son héritier institué à l'héritier *ab intestat*, de préférer aussi le substitué dans un cas éloigné après que l'institué aura recueilli & sera décédé, & qu'il ait, en même temps dans le cas contraire du prédécès de son héritier institué, eu en vue son héritier *ab intestat* préférablement au substitué; en un mot, dans tous les cas possibles il ne convient point de gêner la volonté du testateur, & elle ne l'est point par la caducité, qu'il peut éviter par la clause codicillaire.

Ainsi on estime que dans le cas de la substitution fidéicommissaire, la caducité de l'institution rend le fidéicommis caduc, si ce n'est qu'il y eût dans le testament une clause codicillaire.

TREIZIEME QUESTION.

Si la renonciation de l'héritier institué nuit aux substitués dans les substitutions fidéicommissaires?

NOTRE Jurisprudence est, que la renonciation que l'héritier institué fait de l'hérédité ne nuit pas au substitué fidéicommissairement, & cette Jurisprudence est fondée sur la disposition de la Loi, qui étant jalouse de l'exécution de la volonté des mourans, prête son ministere pour obliger l'héritier institué d'accepter l'hérédité à laquelle il est appellé, & de la transmettre en même temps à l'héritier fidéicommissaire. Elle pourvoit aussi à AIX.

AIX. l'intérêt de l'un & de l'autre, en déclarant que cette acceptation forcée de l'héritier grevé de rendre ne peut lui nuire, & que le fidéicommissaire est chargé de tous les événemens.

AIX. M. LE BRET. IL ne semble pas juste que l'héritier institué pût (en renonçant à l'héritage) priver le substitué de la substitution fidéicommissaire faite en sa faveur.

AIX. M. DECORMIS, Avocat. LA renonciation de l'héritier institué ne nuit point aux substitués dans la substitution fidéicommissaire.

BORDEAUX. LA renonciation de l'héritier institué ne nuit point aux substitués dans la substitution fidéicommissaire, parce qu'en ce cas ils peuvent accepter l'hérédité de leur chef pour faire valoir le testament, conformément à ce qui avoit été établi dans le Droit Romain par les Senatus-Consultes Pegasien & Trebellien, & depuis par la Novelle 1. Signés, *Gilles de Lacase*, *Le Berton*, *d'Albessard*, *Bigot*, *Jegun*, *Le Moncreau*, *Loyal*, *Dudon*, *Du Viguier* & de *La Tresne*.

BESANÇON. IL n'y a rien sur la treizieme & quatorzieme question en particulier, parce que ce Parlement a traité ces deux questions en même temps que la douzieme.

COLMAR. LE même principe qui nous a déterminé sur la question précédente, nous détermine pareillement sur celle-ci.

Nous tirons ce principe de la faveur que méritent les dernieres volontés.

La volonté du testateur paroît certaine en faveur du substitué, quelque révolution que puisse souffrir l'institution; ainsi cette volonté doit être observée & exécutée, en donnant effet à la substitution nonobstant la renonciation de l'institué, il ne faut pas mettre au pouvoir de l'institué de nuire à un tiers, ce qui arriveroit si par sa renonciation il pouvoit faire tomber une substitution.

Notre sentiment est fondé en cela sur les *Loix* 12, *ff. si quis omissa causa*, & 16, §. 2, *ff. ad S. C. Trebell.* mais principalement sur le Droit nouveau de Justinien, §. 7, *instit. de fideicom. heredit.* où il est dit en termes formels, que le substitué peut contraindre l'institué d'appréhender la succession & de la lui remettre, nous nous déterminons donc, sur cette question, pour la négative. Signés, de *Corbeson*, *Holdt*, *Muller* & *Mulle*.

LES

DIJON.

Les Commiſſaires du Parlement de Dijon ont cru, unanimément, que la renonciation de l'héritier inſtitué ne nuiſoit point aux ſubſtitués ; ce ſentiment eſt fondé ſur les ſoins que les Empereurs ont pris pour faire ſubſiſter les ſubſtitutions fidéicommiſſaires, & principalement l'Empereur Juſtinien au tit. des *inſtit. de fideicom. heredit.* dans la Loi *ſancimus cod. de tranſact.* & dans la Novelle 1.

Les Ordonnances d'Orleans, art. LIX, & de Moulins, art. LVII, & celle de 1629 enrégiſtrées en ce Parlement, permettent les ſubſtitutions avec les conditions & modifications apportées dans ces Ordonnances. Il y a un Arrêt de ce Parlement du 20 Janvier 1699, rendu au rapport de M. Bouhier de Savigny, aujourd'hui Préſident honoraire, & l'un des Commiſſaires qui a jugé cette queſtion *in terminis*. Le ſentiment contraire feroit dépendre les ſubſtitutions fidéicommiſſaires du caprice & de la mauvaiſe volonté de l'héritier inſtitué, qui, quand il lui plairoit, feroit évanouir ces ſubſtitutions. Signés, de *Birbiſey*, de *La Marre*, *Bouhier*, *Lantin*, *Fijan*, *Bazin*, *Mayrelet*, de *Minot*, *Normand* puîné, *Thiery*, *Quarré* & *Genreau*.

FLANDRES.

La renonciation de l'héritier inſtitué ne nuit point aux ſubſtitués dans la ſubſtitution fidéicommiſſaire.

Le ſubſtitué a un droit acquis dès le moment de la mort du teſtateur ou de l'échéance de la condition, lequel droit ne peut lui être ôté par le fait de l'héritier inſtitué, parce que bien que les ſubſtitués doivent prendre la reſtitution de ſa main, il ne tient point leur droit de lui, mais de la volonté du teſtateur qui doit être exécutée, indépendamment de l'adition ou de la renonciation de l'héritier, ſuivant la Novelle 1, chap. 1. Signés, *Polinchon*, *Pinault* de *Bannaux*, *Douche de Beaulieu*, *Viſant* de *Ponange*, de *Burges*, *Biſſehop*, *Curpin* de *Calonne*, *J. Vaymel*, *du Parq* & *Verminen*.

GRENOBLE.

La renonciation de l'héritier grevé ne peut jamais nuire aux ſubſtitués dans la ſubſtitution fidéicommiſſaire ; c'eſt pour parer à cet inconvénient qu'a été fait le Senatus-Conſulte Trebellien, *leg. quia poterat*, & autres, *ff. ad S. C. Trebell.* par lequel l'héritier fidéicommiſſaire peut forcer l'héritier grevé, *ut ſine periculo adeat.* Signés, de *Gramont*, *Lacroix* de *Sayne*, de *Leyſſius*, *Morel*, *Montrivier* & *Vidault*, Procureur Général.

METZ.

LA renonciation de l'héritier institué ne peut nuire aux substitués dans la substitution fidéicommissaire, parce que ne tenant rien de la volonté du testateur, il n'est pas au pouvoir de l'héritier d'y donner atteinte. Signés, de *Montholon*, *J. Pierre* de *Lange*, *Bertrand*, *Muzac*, *Le Goulon*, de *Champel*, *Bonneau* & *Lançon*.

PAU.

NOUS n'avons pas trouvé que cette question ait été décidée dans ce Parlement, mais il nous semble qu'elle doit dépendre de la décision de la question précédente ; car si la substitution fidéicommissaire est convertie en vulgaire, il semble que la renonciation de l'héritier ne peut nuire aux substitués dans la substitution fidéicommissaire ; autrement si l'héritier institué étoit aussi l'héritier du sang, ce qui arrive le plus souvent, il seroit tenté de renoncer à l'institution pour faire tomber le testament, & faire accepter cette hérédité *ab intestat* par ses enfans pour faire tomber la substitution. Signés, de *Gaubert*, *Caseau*, *Mignon*, *Deodat*, *Desclaux*, *Mesplés*, *Bordenave*, *Dejean*, *Lesan*, *Bonnecase*, *Casenave* & de *Caseaux*.

PAU.
M. DE GAUBERT, premier Président.

LA renonciation de l'héritier institué ne nuit point aux substitués dans la substitution fidéicommissaire. Quoique naturellement le substitué doive retirer de la main de l'héritier le fidéicommis, néanmoins ne tenant point le droit de l'héritier, mais de la volonté du testateur, à laquelle il n'est point au pouvoir de l'héritier de donner par son fait aucune atteinte, l'héritier étant incapable de recueillir, ou renonçant volontairement à l'institution, son degré devenant caduc, la disposition du testateur passe au profit du substitué, comme dans le cas de plusieurs substitués, quelqu'un d'eux étant décédé sans avoir recueilli, ou ayant renoncé à la substitution, par cette raison que l'interruption d'un ou plusieurs degrés n'empêche point que la substitution ne reçoive son effet dans les degrés qui suivent, jugé par plusieurs Arrêts. *Marie Ricard*, *des subst. fideicom. traité* 3, *chap.* 9, *sect.* 5, *part.* 1, *n.* 746.

Nous estimons que la renonciation de l'héritier institué ne nuit point aux substitués dans la substitution fidéicommissaire, l'héritier étant incapable de recueillir, ou renonçant à la substitution, son degré devenant caduc, la disposition du testateur passe au profit du substitué comme institué.

L'INSTITUTION d'héritier est de la solemnité nécessaire & indispensable du testament, comme il a été dit dans les précédentes réponses, & on ne peut pas satisfaire à cette solemnité par la substitution fidéicommissaire, d'autant que l'héritier, en vertu de l'institution, doit être appellé directement & de plein droit à la succession du testateur, ce qui ne peut pas être fait par le fidéicommis, lequel, suivant qu'il a été dit, se prend médiatement de la main de l'héritier & non point de celle du testateur, de telle sorte qu'un fidéicommis quoique universel, n'a pas plus d'effet pour ce regard qu'un legs; ainsi, comme sans une institution, un legs ne peut pas subsister, tout de même un fidéicommis ne sauroit se soutenir sans le secours d'une institution qui lui donne sa force.

Bien plus, comme c'est la même chose que dans un testament, il n'y ait point d'institution d'héritier, ou qu'il y en ait une, laquelle n'ait point son effet, il faut encore que celui qui est institué accepte l'institution faite en sa faveur; & de là il s'ensuivoit, autrefois, que plusieurs testamens demeuroient sans exécution à cause que la charge de l'héritier étant grande par les restitutions qu'il étoit tenu de faire, il appréhendoit de s'engager dans une qualité qui pouvoit lui être préjudiciable. Par cette considération il renonçoit à la succession, & par ce moyen les restantes dispositions contenues dans le testament devenoient inutiles; cela arrivoit bien souvent par la conduite frauduleuse de l'héritier institué par le testament, lorsqu'il se trouvoit en même temps en droit de succéder *ab intestat*, dans ce cas il ne manquoit pas de renoncer à la succession *ex testamento*, & prenoit l'hérédité comme héritier *ab intestat*, & de cette sorte il se trouvoit dispensé de restituer le fidéicommis, & d'exécuter les dispositions qui étoient contenues dans les testamens qui se trouvoient renversés par cette voie.

Pour obvier à un inconvénient si considérable, il fallut établir des remedes qui pussent procurer l'exécution des dernieres volontés, & le paiement qui étoit dû, avec tant de justice, aux fidéicommissaires, aux légataires, & autres en faveur de qui les dispositions avoient été faites. Le Préteur donna un Edit (*a*), & l'Empereur Justinien fit une Constitution (*b*), de telle maniere que,

(*a*) *Tot. tit. ff. si quis omni ff. causa rejeam.*
(*b*) La Novelle *de hered. & falc.*

ROUSSILLON.

suivant que le rapportent nos Auteurs (*a*), conformément aux maximes du Droit Romain, lorsqu'il n'y a point d'adition & que l'héritier institué renonce à la succession du testateur, les legs pieux sont cependant dus, si dans le testament dont il s'agit la clause codicillaire s'y trouve insérée, les restantes dispositions faites dans le testament subsistent, & les héritiers *ab intestat* doivent les exécuter.

C'étoit là l'état de la derniere Jurisprudence, à suivre les regles du Droit Romain, lorsque Justinien rendit sa Constitution, par laquelle cet Empereur a voulu, indistinctement, que les legs & les fidéicommis ordonnés tant par les testamens que par les codicilles fussent acceptés, de telle façon que si l'héritier en refusant de se porter héritier renonce à l'hérédité, elle est transférée aux fidéicommissaires universels & particuliers, aux légataires & autres intéressés à l'exécution de la disposition testamentaire, même aux successeurs *ab intestat*, en l'ordre & en la maniere prescrite dans ladite Constitution, & finalement au fisc, à la charge toujours d'exécuter ce qui se trouve disposé par le testament; au moyen de cette Constitution, les fidéicommissaires & autres, en faveur de qui il y a des dispositions dans les testamens seront sûrs d'en retirer le montant, pourvu que le testateur ait laissé du bien.

Cette Constitution de l'Empereur Justinien forme le dernier état de la Jurisprudence du Droit civil; ainsi il est certain que quoiqu'il ne paroisse pas de Jurisprudence établie par des Arrêts du Conseil à l'égard de cette question, si le cas se présentoit, cette Compagnie adopteroit la disposition de cette Constitution, pour empêcher que la renonciation de l'héritier institué ne nuisît pas aux substitués dans la substitution fidéicommissaire. Signés, *Deponte d'Albaret*, *Dupont*, de *Villars*, *Collarés*, *Bonnet* de *Romanya*, *Gispert*, de *Fulla*, *Regnés*, *Desprès*, *Bonnet* & *Sans*.

TOULOUSE.

Les Loix décident que lorsque l'héritier renonce à l'hérédité, l'institution d'héritier demeure inutile, & l'héritier légitime demeure à la place de celui qui étoit nommé par le testament; ensorte que par là les legs & les fidéicommis qui y sont contenus tombent (*b*).

Il y a cependant certains cas remarqués par la Glose sur la Loi

(*a*) Ferriere, *in annot. décis. G. P. quest.* 604.
(*b*) *L.* 1, *ff. de injust. irrit. fac. testam. L.* 181, *ff. de reg. juris.*

eamque cod. de fideicom. & par plusieurs Auteurs (*a*), où l'on s'éloigne de la regle. Pour ne pas grossir l'ouvrage, on ne les détaille pas ici.

TOULOUSE.

Des célebres Auteurs décident (*b*), même sans distinction, que dans le cas proposé le fidéicommis subsiste ; ils se fondent sur plusieurs raisons d'équité, & principalement sur la Novelle 1, cap. 3 ; l'Empereur Justinien statue là, que si l'héritier n'exécute pas la volonté du testateur, l'hérédité passe sur la tête du fidéicommissaire au préjudice de l'héritier *ab intestat*, qu'il n'appelle qu'au cas le fidéicommissaire & autres nommés par le testament n'exécutent pas pareillement la volonté du testateur ; pourquoi l'hérédité répudiée ne passeroit-elle pas sur la tête du fidéicommissaire ? La même raison qui feroit subsister le fidéicommis dans le premier cas le fait subsister dans l'autre.

D'ailleurs s'il est vrai, comme on l'a dit sur la question 12, que la caducité de l'institution n'emporte pas le fidéicommis, avec moins de raison peut-elle nuire au fidéicommissaire dans le cas de la renonciation à l'hérédité.

Nous jugeons donc que la renonciation de l'héritier institué ne nuit pas aux substitués dans la substitutions fidéicommissaires. Signés, *le Président Daspe*, *Comere de Labastide*, *Pegueyroles*, *Bastard*, de *Catellan-Lamasquere*, *Azemar*, *Cassan*, *Aymard*, *Caussade*, de *Celés*, *Parasa*, *Daspe* de *Meillan* & *Le Masuyer*, Procureur Général.

PARIS.
M. le Procureur Général.

CETTE question, suivant les principes, les suffrages réunis, & des Auteurs & des Parlemens, ne peut former de doute. Il ne feroit pas juste que la volonté d'un héritier pût faire tort aux fidéicommissaires, sa renonciation ne peut être que frauduleuse, sur-tout s'il est héritier *ab intestat*. Le titre du Digeste, *si quis omissa causa*, avoit remédié au cas de l'héritier *ab intestat* ; le Senatus-Consulte Pegasien, & la Novelle 1, ont pourvu au cas dont il s'agit : tout concourt à décider cette question pour la négative, & quoique (comme l'a observé M. Domat) cette question devienne très-rare, n'ayant aucune application au Pays Coutu-

(*a*) Ferriere sur la quest. 604 de Guy Pape. Mornac, *ad leg. cod. de Sacro-Sanct. eccles.*

(*b*) Dumoulin, *ad Alex. Consil.* 204. Domat, Loix civiles, tit. des testam. sect. 5, n. 19.

PARIS.

mier où les testamens ne sont que des codicilles, & y ayant dans les Pays du Droit Ecrit peu de repudiations par la facilité du bénéfice d'inventaire, on croit cependant nécessaire de décider la question, parce que, quoique rare, elle peut naître; ainsi on estime que la renonciation de l'héritier institué ne nuit point aux substitués dans la substitution fidéicommissaire.

QUATORZIEME QUESTION.

Si dans tous les cas où l'on décideroit qu'au défaut de l'institué le premier substitué en prend la place, on ne comptera les degrés de substitution qu'en commençant depuis la personne du substitué, sans que le premier qui tient lieu de l'institué fasse un degré?

AIX.

A SUIVRE les principes du Droit Romain, il semble que comme le substitué ne prend pas la place de l'institué, mais que celui-ci est forcé par la Loi d'accepter l'hérédité & de la transmettre au fidéicommissaire, le degré d'institution se trouve rempli; mais à suivre au contraire l'esprit des Ordonnances de nos Rois, comme dans tous ces cas l'institué ne recueille point avec effet, & qu'on voudroit faire remplir sa place au substitué par le seul ministere de la Loi, sans y employer le circuit de l'acceptation & transmission établie par le Droit Romain, dans ce cas on croiroit que le premier substitué, occupant par le seul effet de la Loi la place de l'institué, ne devroit pas compter & faire nombre dans les degrés de substitution, telle étant la nature de la subrogation de produire le même effet que celui qu'auroit produit l'institution d'héritier, dont le premier substitué prendroit la place par la subrogation légale.

AIX.
M. LE BRET.

DANS les cas proposés l'on compteroit pour le premier degré le substitué qui auroit pris la place de l'héritier institué, parce que l'on tient pour maxime que les degrés ne sont censés remplis que par les héritiers ou substitués qui ont recueilli; mais si l'on regardoit les fidéicommis comme moins favorables, il faudroit en user tout autrement, & compter le premier substitué qui prend la

place de l'héritier comme rempliſſant le ſecond degré, & tous les ſubſtitués qui n'auroient ni recueilli ni requis comme ayant chacun rempli un degré, au moyen de quoi les biens deviendroient plutôt libres.

AIX.

En décidant qu'au défaut de l'inſtitué le premier ſubſtitué en prend la place, il ſemble qu'on ne doit compter les degrés de ſubſtitution qu'en commençant depuis la perſonne du ſubſtitué, ſans que le premier, qui tient lieu de l'inſtitué, faſſe un degré, attendu que les Ordonnances d'Orleans & de Moulins ont voulu deux degrés outre l'inſtitution, & par conſéquent trois perſonnes valablement ſubſiſtantes.

AIX.
M. DE CORMIS, Avocat.

Soit que l'héritier inſtitué ſoit incapable, ſoit qu'il ſoit mort avant le teſtateur, ou qu'il ait répudié l'hérédité, il eſt certain que le premier ſubſtitué qui en prend la place ne fait point de degré dans la ſubſtitution, & qu'elle doit avoir ſon cours juſqu'au quatrieme degré ſans le compter. Signés, *Gilles de Lacaſe*, *Le Berthon*, *d'Albeſſard*, *Bigot*, *Jegun*, *Le Moncreau*, *Loyal*, *Dudon*, *du Viguier* & *de La Treſne*.

BORDEAUX.

Notre réponſe ſur la queſtion onzieme ſemble devoir ſervir de regle à celle qu'il échoit de donner ſur la préſente.

COLMAR.

Elle ne peut avoir lieu parmi nous que pour les ſubſtitutions limitées par teſtament, ou pour celles que le Légiſlateur a borné au quatrieme degré.

Dans le premier cas il faut recourir aux conjectures que peut fournir le teſtament; mais dans le doute & l'obſcurité, auſſi-bien que pour le ſecond cas, on ne doit commencer à compter les degrés de ſubſtitution, que depuis la perſonne du ſubſtitué qui prend la place du premier ſubſtitué.

Cet avis tend à étendre la ſubſtitution, à quoi nous avons incliné dans toutes nos précédentes réponſes, conformément au Droit Ecrit qui a toujours fait la Loi de notre reſſort: mais dans les Pays mêmes où par les Ordonnances les ſubſtitutions ſont reſtreintes, elles ne le ſont que pour les degrés outre l'inſtitution, & partant on ne doit pas compter le degré qu'il ne ſoit réellement rempli par l'adition de l'hérédité, en quoi nous avons déja dit qu'il n'y a point de diſtinction à faire entre les nobles & les roturiers, les deſcendans & les collatéraux.

COLMAR.

Nous estimons donc que dans tous les cas, où au défaut de l'institué, le premier substitué prend sa place, ce substitué ne doit pas être compté & ne fait pas un degré. Signés, de *Corbeson*, *Holdt*, *Muller* & *Mulle*.

DIJON.

Les Commissaires n'ont point trouvé d'Arrêts qui aient jugé cette question; mais ils croïent que le premier substitué, qui tient lieu d'institué, ne fait point de degré. Ils se sont déterminés par les mêmes principes qu'ils ont suivi sur la question 11; en conséquence ils pensent que l'héritier institué n'ayant point recueilli, son institution ne doit être considérée en aucune façon, & que le premier substitué qui a pris sa place n'est plus regardé comme substitué, mais comme héritier, & qu'ainsi celui qui auroit fait le second degré si l'héritier avoit recueilli la succession ne fait plus que le premier degré. Enfin ils pensent que les Ordonnances d'Orleans & de Moulins, voulant que les substitutions s'étendent à deux degrés sans compter l'héritier, le substitué qui devient héritier ne puisse jamais faire un degré. Signés, de *Birbisey*, de *La Marre*, *Bouhier*, *Lantin*, *Fijan*, *Bazin*, *Mayrelet*, de *Minot*, *Normand* puîné, *Thiery*, *Quarré* & *Genreau*.

FLANDRES.

L'INSTITUÉ, dont un autre prend la place, ne doit pas être compté dans les degrés de substitution, parce qu'il n'a rien recueilli de fait.

D'où il s'ensuit, qu'aux termes de l'Ordonnance d'Orleans, on ne comptera les degrés de substitution qu'en commençant le premier des deux degrés à la personne du second substitué; & à l'égard de l'Edit perpétuel, suivant lequel l'institution est comptée pour le premier degré des trois auxquels cet Edit borne l'effet des substitutions, le premier substitué fera le premier degré. Signés, *Pollinchon*, *Pinault*, de *Bannaux*, *Douche* de *Beaulieu*, *Visant* de *Ponange*, de *Burges*, *Bissehop*, *Curpin*, de *Calonne*, *J. Vaymel*, *Duparq* & *Vermineau*.

GRENOBLE.

Dans le cas de la substitution vulgaire, *quæ est secunda hæredis institutio*, on ne peut compter les degrés qu'en commençant depuis la personne du substitué; il est même reçu, par tous les Parlemens, que les degrés de l'Ordonnance n'ont lieu que pour les substitutions fidéicommissaires.

Mais à l'égard de la substitution fidéicommissaire, quoique l'institution

l'institution soit caduque, ou que l'héritier grevé répudie l'hérédité, il ne peut le faire que le premier substitué ne fasse un degré, parce que si l'institution est caduque, & qu'elle soit soutenue par la clause codicillaire, les héritiers *ab intestat* prennent la place de l'héritier institué; & si l'héritier refuse la place d'héritier, ou de recueillir l'hérédité, le substitué l'y force en faisant cette adition à ses périls. Signés, de *Grammont*, *Lacroix* de *Sayne*, de *Layssins*, *Morel*, *Montrivier* & *Vidault*, Procureur Général.

GRENOBLE.

L'INSTITUÉ n'ayant point recueilli de fait, & le premier substitué prenant sa place, on ne doit point compter les degrés que depuis le premier substitué. Signés, de *Montholon*, *Pierre*, de *Lange*, *Bertrand*, *Musac*, *Le Goulon*, de *Champel*, *Lançon* & *Bonneau*.

METZ.

CETTE question n'a pu se présenter dans ce Parlement, parce que les substitutions n'y sont pas bornées, sauf dans le cas de la prohibition d'aliéner.

Mais nous croyons que le premier substitué qui prend la place de l'héritier institué, ne fait point de degrés, parce que le testament n'a commencé que par la substitution convertie en institution, n'ayant pris son fondement & sa force qu'en la personne du premier substitué. Signés, de *Gaubert*, *Casaux*, *Deodat*, *Desclaux*, *Mesplés*, *Bordenave*, *Dejean*, & *Bonnecase*.

PAU.

EN supposant la décision de la question précédente juste, qu'au défaut de l'héritier institué, le premier substitué prend sa place, l'on ne doit compter les degrés de substitution qu'en commençant depuis la personne du substitué, sans que le premier substitué qui tient la place de l'institué fasse un degré, ayant cru d'ailleurs, sur la question 11, que pour remplir un degré il faut avoir recueilli ou du moins formé la demande en ouverture de la substitution, & le délaissement des biens compris dans le fidéicommis, ce qu'on ne peut appliquer à l'héritier qui au contraire a renoncé, lequel ne peut par cet ordre former un degré; de sorte que le premier substitué ayant été le premier qui ait recueilli la succession représentant l'institué il est mis en sa place, étant dans ce cas censé l'héritier institué, qui par les Ordonnances ne fait point de degré. Il semble qu'à compter depuis le premier substitué, la substitution doit être portée à quatre degrés suivant l'Or-

PAU.
M. DE GAUBERT, premier Président.

PAU.

donnance de Moulins, ou aux deux degrés suivant celle d'Orleans, sans que le premier substitué mis à la place de l'héritier fasse un degré. *M. de Cambolas*, *liv.* 3, *ch.* 7, rapporte un Arrêt du Parlement de Toulouse, du 23 Février 1600, qui a jugé que ce premier substitué qui a pris la place de l'institué ne fait point de degré, la disposition n'ayant eu son effet que pour la substitution convertie en institution, & n'a pris sa force qu'en la personne du premier institué.

Nous croyons que ce premier substitué qui prend la place de l'héritier institué, ne fait point de degré dans la computation des degrés réglés par les Ordonnances, le testament n'ayant eu son exécution que par la substitution convertie en institution, le substitué ayant pris la place de l'héritier institué, *gradum ejus subastat*, étant réputé l'institué, ne fait point de degré.

ROUSSILLON.

Le Conseil souverain estime que dans ce cas le premier substitué, qui tient lieu de l'institué, ne fait pas un degré à l'effet de remplir le nombre prescrit par les Ordonnances.

Les motifs consistent en ce que le substitué ne prend la place de l'institué dans l'hypothese de la question qu'en vertu de la vulgaire *in hereditate*, ou expresse, ou tacite, ou induite par l'autorité de la Loi; or le substitué vulgaire, dans ce cas, devient l'héritier premier institué; & comme, suivant les Ordonnances d'Orleans & de Moulins, les degrés fixés doivent être comptés outre l'institution en premiere disposition, il est vrai de dire que le substitué étant censé premier institué, ne doit pas faire nombre.

En second lieu, ce n'est que l'événement que le Legislateur a eu en vue, & la possession actuelle & successive de deux ou quatre substitués outre celle du substitué; ainsi c'est toujours par la possession successive de trois ou de cinq personnes qu'il fixe la durée des fidéicommis; cependant si dans le cas de la question le substitué qui prend la place de l'institué faisoit nombre, il n'y auroit que deux possessions successives, au lieu de trois ou quatre, au lieu de cinq.

En troisieme lieu, le substitué recueillit dans ce cas l'hérédité & non le fidéicommis; or, suivant l'Ordonnance de Louis XIII, il n'y a que ceux qui ont recueilli ou appréhendé le fidéicommis qui fassent nombre, par conséquent le substitué qui n'en recueillit aucun ne doit pas être compté. Signés, *Deponte d'Albaret*, *Decopons*, de *Villars*, *Collarés*, *Bonnet* & *Romanya*, *Gispert*, de *Fulla*, *Regnés*, *Després*, *Bonnet* & *Sans*.

TOULOUSE.

DANS tous les cas où l'on décide qu'en défaut de l'institué le premier substitué en prend la place, on ne compte les degrés de substitution qu'en commençant depuis la personne du substitué, sans que le premier qui tient lieu de l'institué fasse un degré.

On suppose, dans la question proposée, que le premier substitué prend la place de l'institué; il ne peut donc pas faire un degré, parce que les Ordonnances qui ont fixé la durée des substitutions à quatre degrés portent que l'institution ne doit pas y être comprise; ainsi l'institué ne faisant point de degré, le substitué qui en prend la place ne remplit pas de degré. Signés, le *Président Daspe*, *Comere* de *Labastide*, *Pegueyroles*, *Bastard*, de *Catellan-Lamasquere*, *Azemar*, *Cassand*, *Aymar*, *Caussade*, de *Celés*, *Parasa*, *Daspe* de *Meillan*, & *Le Masuyer*, Procureur Général.

PARIS.
M. le Procureur Général.

C'EST encore ici une question où les principes & le suffrage de presque toutes les Cours se réunissent; il seroit difficile de ne pas former la décision sur l'affirmative.

On ne persuadera jamais qu'un institué qui ne recueille point avec effet, puisse jamais remplir un degré dans une substitution, & ce, soit que ce soit par caducité ou par répudiation, & quelque peu favorable qu'on puisse être au progrès des substitutions, il n'est pas possible que ce préjugé puisse aller jusqu'à feindre qu'un institué qui n'a point possédé ait recueilli une substitution, sans quoi cependant il ne peut former un degré.

Le seul doute ne peut naître que dans le cas qu'on décide pour la conversion de la substitution fidéicommissaire en vulgaire, ou du moins dans le cas de la clause codicillaire, parce qu'alors, comme on peut dire que le premier substitué ne reçoit point de la main du testateur, mais de celle de l'héritier, on peut dire aussi que l'héritier institué formant le degré de l'institution, le premier substitué ne forme que le premier degré de la substitution.

Mais ce raisonnement n'est fondé que sur une subtilité ou sur une fiction qui suppose que le substitué reçoit de la main de l'héritier *ab intestat*, quoique réellement la fiction ne soit autorisée que pour faire valoir la substitution, & que l'héritier *ab intestat* ne possede & ne recueille point. Il est donc vrai de dire, que le premier substitué recueille en ce cas de la main du testateur.

Ainsi on estime que dans tous les cas où l'on décideroit qu'au

PARIS. défaut de l'institué le premier substitué en prend la place, on ne doit compter les degrés de substitution qu'en commençant depuis la personne du substitué, sans que le premier qui tient lieu de substitué puisse faire un des degrés de substitution.

QUINZIEME QUESTION.

Si celui qui est appellé à une substitution peut y renoncer avant qu'elle soit ouverte pour faire place au degré subséquent, & si en ce cas il fait un degré ?

PROVENCE. AIX. M. LE BRET. LE substitué qui a renoncé ne peut former un degré, puisqu'il n'a ni accepté, ni joui, ni transmis. Suivant la maxime que pour remplir un degré de fidéicommis, il faut que celui qui est appellé en ait requis l'ouverture ou l'ait recueilli, (*a*) l'on devroit juger que le substitué qui auroit renoncé à la substitution avant qu'elle fût ouverte, ne rempliroit aucun des degrés. Mais si l'on croyoit utile au public de restreindre les fidéicommis, l'on pourroit établir le principe contraire ; savoir, que tout appellé au fidéicommis sera regardé comme ayant rempli un degré, quand même il auroit renoncé pour faire place à un autre, ou qu'il seroit décédé avant l'ouverture.

AIX. M. DECORMIS, Avocat. CELUI qui est appellé à une substitution peut y renoncer avant qu'elle soit ouverte pour faire place au degré subséquent, & en ce cas, le renonçant ne doit pas faire un degré.

BORDEAUX. IL n'est point douteux que celui qui est appellé à une substitution peut y renoncer avant qu'elle soit ouverte, & qu'en ce cas, aussi-bien que lorsqu'il y renonce après l'ouverture du fidéicommis, il ne fait point de degré conformément à ce qui a été décidé sur la question onzieme. Signés, *Gilles* de *Lacase*, le *Berthon*, &c...

(*a*) *Leg.* 14, §. 11, *ff. de Legat.* 1°. *Divi Severus & Antoninus rescripserunt eum qui rogatus est sub conditione fratris sui filius restituere ante diem fideicommissi cedentem ne quidem ex voluntate eorum posse restituere his potestate patris agentibus cum possit diem fideicommissi cedente suis juris constituti ipsis debere restitui*, *Leg.* 11, *Cod. de fideicommissi*, paroît admettre les renonciations, mais le fidéicommis n'est pas conditionnel. Les Auteurs allégués par Bretonier sur Henrys, tom. 1, pag. 733.

BESANÇON.

QUOIQUE suivant les principes du Droit, une substitution qui n'est pas encore échue, ne fasse pas partie de nos biens, & qu'un legs fait sans condition devienne caduc quand le légataire décede avant l'événement de la condition, il paroît néanmoins que celui qui est appellé à une substitution peut y renoncer avant qu'elle soit ouverte, parce que même avant l'ouverture son droit est formé par le testament dans lequel sa vocation est écrite; c'est un droit, pour ainsi dire habituel, qui se convertit en droit actuel lorsque le cas de la substitution arrive; & comme c'est une maxime que personne ne peut être contraint d'acquérir contre sa volonté, on ne voit pas pourquoi le substitué ne pourroit pas anticiper le temps de l'ouverture, dans la supposition que le testateur soit mort, pourvu que le substitué ne fasse pas cette renonciation anticipée en fraude de ses créanciers; cela étant, le substitué qui a renoncé ne fait pas un degré, parce que pour faire un degré il faut avoir recueilli le fidéicommis, ou du moins demandé, ce qui ne se vérifie que dans le cas d'une renonciation qui prévient l'ouverture de la substitution.

Les Commissaires estiment que celui qui est appellé à une substitution y peut renoncer avant l'échéance de la condition, pourvu que ce soit après le décès du testateur & sans fraude des créanciers de celui qui renonce; qu'il n'est pas besoin que la renonciation soit purement & simplement pour faire place au degré subséquent, & en ce cas elle ne fait pas un degré. (*a*) Fait & arrêté le 29 Août 1730. Signés, *Boisot*, *Espiard*, *Tinseau*, *Holdt* & *Boquet de Courbouson.*

COLMAR.

NOUS ne doutons pas qu'il ne soit libre au substitué de renoncer à la substitution même avant la mort du Testateur ou du premier substitué.

Ce principe posé, il est d'une conséquence naturelle de dire qu'en renonçant, le substitué fait place au degré subséquent, mais qu'il ne doit pas être compté pour un degré; c'est comme si le testament ne faisoit pas mention de sa personne, *quod repudiatur numquam nostrum fuisse intelligitur*, & par là le substitué du cinquieme degré, par exemple, monte & se trouve au quatrieme. Signés, de *Corbeson*, *Holdt*, *Müller* & *Mulle.*

(*a*) Arrêtés de M. de Lamoignon, tit. des fidéicommis, art. 38.

DIJON. Réponse sur la premiere partie de la question

Les Commissaires qui étoient au nombre de dix, se sont trouvés partagés le 7 Juillet 1730.

Le Rapporteur & quatre autres étoient d'avis de l'affirmative, cinq autres des Commissaires ont cru que cette renonciation ne pouvoit être faite ; ils se fondoient sur plusieurs textes du droit qui ne permettent point de répudier ce qui n'est pas encore échu (*a*).

Ils ajoutoient que les Loix qui paroissoient contraires ne sont que pour le cas du fidéicommis réciproque. *L. cum proponas, leg. de fideicom. Cod. de transact. leg.* 16, *Cod. de pactis* : ceux qui étoient de l'avis du Rapporteur, disoient au contraire que la renonciation ou remise du fidéicommis conditionnel & non ouvert est valable, pourvu qu'elle soit faite après la mort du testateur, & qu'ainsi on écarte *votum captandæ mortis.*

Que si on l'avoue à l'égard du fidéicommis réciproque, pourquoi n'en seroit-il pas de même à l'égard de tous les autres, comme le soutient *M. Cujas, in leg.* 1, *Cod. de pactis*, où il dit aussi que cette Loi y étoit expresse dans le cas d'un fidéicommis non réciproque, après lequel Mornac sur cette Loi, & *in leg.* 16. *Cod.* avoit fortement repris Hotman d'avoir voulu réduire l'espece de la même loi à celle d'un fidéicommis réciproque en retranchant un terme qui s'y trouve.

Qu'à la vérité, ceux qui s'étoient attachés aux formules du Droit Romain, avoient fait la distinction suivante, que les Loix d'abord citées étoient pour le cas d'une répudiation, ouvrage d'un seul.

Que cette loi premiere au *Cod. de pactis*, étoit pour le cas d'une remise par convention, ouvrage de deux, non susceptible d'atteintes, quoique sur un droit non actuellement échu, parce qu'on peut traiter d'une espérance. Cujas *ibid.* mais que cette distinction n'avoit d'autre fondement que la subtilité du droit qui rendoit inutile le pacte nu non réduit en stipulation solemnelle.

Que cette subtilité quant aux formules avoit été rejettée de tout temps en France, où le pacte quoique nu n'oblige pas moins quand il est sérieux ; qu'ainsi la promesse de vendre est obligatoire suivant que Dumoulin l'a établi en divers lieux, ce qui a fait dire

(*a*) *L.* 117, *ff. de reg. jur. L.* 45, §. 1, *ff. de Leg.* 2°. Cette Loi étend même la regle au legs à jour certain, *antequam dies cesserit. L.* 13, *ff. de acquir. vel amitt. hered. Fusarius*, *q.* 587.

aussi à Peresius sur le titre *de pactis*, n°. 25, *mores nostri ex nudo pacto & promissione seria dant actionem, eandem que vim tribuunt pactis simplicibus quam stipulationibus tribuit jus civile, nam præceptis naturalibus & gentium utimur, sublatis solemnibus juris civilis, naturâ autem humanâ nihil magis congruit quam fidem promissorum servare ut quod dictum est fiat sive fides data sit nudis verbis sive solemnibus.*

Le même Auteur au n°. 11, est précis sur l'opinion ici établie dans la même hypothese de fidéicommis non ouvert; il cite Donellus, Jurisconsulte de Bourgogne, & un Arrêt d'après Charondas, liv. 10, rép. 25.

Vinnius en son Traité de Pactis, n°. 5, prouve doctement la justice de cette révolution à laquelle il se fixe, soit que la renonciation au fidéicommis non ouvert soit gratuit ou non ; il rejette au n°. 6 la distinction, si la renonciation ou remise est faite par convention de deux ou d'un seul : voici ses termes. *Cæterum nostrorum temporum simplicitas hanc Juris Romani subtilitatem ut nimis scrupulosam insuper habet, possumus que hodie post mortem testatoris non tantum pacisci de hæreditate legata aut fideicommisso sub conditione relicto, verum etiam pendente adhuc conditione ea repudiare* ; il cite Automne & un autre Auteur d'un traité des loix abrogées.

Le sentiment qu'on soutient ici est encore fondé sur deux Loix du Digeste, d'où sont tirées les autorités employées pour appuyer l'avis contraire.

La premiere de ces loix est la 21, §. 4, *ff. de pactis filius familias de eo quod sub conditione legatum est recte pascicitur.* Cette Loi est générale, & pour tout avantage réciproque ou non.

La Loi 46 au même titre contient la même décision, & en rend à la fin cette raison diamétralement contraire au sens qu'on donne aux Loix opposées, *cum liceat sui juris persecutionem aut spem futuræ perceptionis deteriorem facere*, ce qui établit la renonciation à un droit futur.

Pour concilier ces loix, il faut observer que le latin du Digeste est extrêmement pur ; on s'y attachoit extrêmement à l'énergie des termes, & on en suivoit scrupuleusement la distinction ; ainsi les anciens Jurisconsultes distinguoient les mots de répudiation & renonciation que nous confondons dans notre usage.

Ils ne permettoient l'application du premier que pour les biens présens. *Bona præsentia repudiantur* ; ils l'interdisoient quant aux

DIJON.

biens futurs. Voilà tout l'objet & le fondement des trois Loix dont on se prévaut, dans chacune desquelles se trouve le mot *Repudiare.*

Giphanius, célebre Professeur à Ingolstad, duquel cette distinction est empruntée, dans un Traité qu'il a fait, *ex Professo de renunciationibus*, finit ainsi.

Quarè concludendum juris futuri cujus nulla neque res neque spes est renunciationem fieri non posse quin etiam putat Hotomanus consil. 70, *n.* 14, *nulli juri futuro posse renunciari sed confundit repudiationem cum renunciatione, concedo tamen juris futuri nullâ re vel spe nostri renunciationem non valere sed quod aliquatenus est nostrum ut legatum aut fideicommissum sed conditione posse remitti. Ricard, des Substitutions, part.* 3, *n.* 699, tient qu'on peut renoncer à un fidéicommis non encore ouvert.

Dans les Arrêtés de M. de Lamoignon, Titre des Fidéicommis, art. 36, on trouve une semblable décision.

Soutenir qu'on ne peut renoncer que *per pactum* à un fidéicommis non ouvert, c'est s'attacher à l'écorce des termes ; le motif de la non échéance n'a touché évidemment, ni les Auteurs des Loix, ni aucun Interprete.

Il s'ensuivroit, que le substitué qui avant l'ouverture du fidéicommis auroit consenti à la vente des biens fidéicommissés seroit en droit de les répéter après l'ouverture, quoique la négative se juge par-tout.

Réponse aux inconvéniens.

Il ne peut y en avoir d'autre que celui de la remise en fraude des créanciers ; mais les actions leur demeurent alors réservées de droit.

Ceux tirés de ce que la renonciation dérange les degrés, n'ont pu être l'objet du droit dont on excipe, puisqu'il rendroit la gradualité infinie.

Nos Ordonnances, qui ont restreint les degrés, n'ont point détruit les regles, *n'est héritier qui ne veut*, & qu'on peut renoncer à son droit, *non fraudem facit qui jure suo utitur*, les Commissaires l'ont ainsi décidé sur la question 11.

D'ailleurs, la renonciation ne multiplie point les degrés, toujours resserrés en effet dans les bornes prescrites.

Elle est plutôt utile que nuisible aux substitués subséquens, au profit desquels elle avance l'ouverture & la rend certaine, ce qui sert de plein dédommagement au dernier substitué, qui, sans cette répudiation, auroit à la vérité pu posséder librement ; mais ne

ne l'auroit fait auſſi que beaucoup plus tard & peut-être jamais, *quia prius poſſet ipſe mori.*

DIJON.

On ne comprend pas même comment cette répudiation peût faire préjudice au dernier ſubſtitué. En effet, les Commiſſaires étant unanimément d'avis ſur la queſtion 11, que pour être cenſé remplir un degré il falloit avoir recueilli de fait la ſubſtitution, on ne doit pas plus compter celui qui néglige de la recueillir que celui qui y renonce expreſſément; or on ne peut forcer un ſubſtitué de recueillir le fidéicommis; par conſéquent il lui doit être également libre d'y renoncer : auſſi ne diſconvient-on point qu'il ne le puiſſe, mais on ſoutient que ce n'eſt qu'après l'ouverture du fidéicommis.

Pourquoi cette diſtinction? Si Titius, premier ſubſtitué, par exemple, meurt avant l'ouverture du fidéicommis, il ne fait point de degré, & la condition de Mœvius, ſecond ſubſtitué, eſt la même, que ſi Titius avoit renoncé. Si au contraire Titius eſt vivant à l'ouverture du fidéicommis il lui eſt libre d'y renoncer, & dans l'un & l'autre cas Mœvius ne fait que le premier degré. Signés, *Lantin*, *Mairelet*, de *Minot*, *Normand* puîné, & *Genreau*.

Réponſe à la ſeconde propoſition.

Les Commiſſaires ſe ſont trouvés partagés dans leurs opinions, ceux qui ſoutiennent la négative ont l'avantage de parler le langage des Loix (*a*), qui ont diſertement prononcé que l'on ne peut renoncer à un legs fait ſous condition avant l'événement de la condition, parce qu'avant cet événement la choſe léguée n'appartient point au légataire. L'héritier inſtitué ſous condition ne peut renoncer valablement & efficacement avant l'événement de la condition *nihil egit* (*b*), & il faut penſer de même de celui qui, étant ſubſtitué vulgairement, auroit renoncé à la ſucceſſion avant qu'elle ait été acceptée ou répudiée par l'héritier inſtitué. Toute la force de ces différens textes (*c*) ſe trouve réunie dans le Juriſconſulte Paul, *quod quis ſi velit, habere non poteſt, id repudiare non poteſt* (*d*).

L'opinion qui ſoutient l'affirmative eſt établie ſur des Loix qui permettent de traiter d'une eſpérance ou d'un droit encore in-

(*a*) *Leg.* 15, §. 1, *ff. de leg. & fideicom.* 2°.
(*b*) *Leg.* 13, *ff. de acquir. vel amitt. hered.*
(*c*) §. *ead. lege.*
(*d*) *Leg.* 174, §. 1, *ff. de reg. jur.*

DIJON.

certain ; mais ces Loix ne ſont pas contraires à celles qui rejettent toute renonciation d'un droit qui n'eſt point encore acquis, & il n'y a point d'interpretes, qui en approuvant ce traité d'un droit futur, n'en regardent la renonciation comme un Acte inutile, *aliud eſt paſciſci vel remittere, aliud repudiare, renunciari juri nondum competenti non poteſt.* (*a*)

La Gloſe, ſur la Loi 1re., *Cod. de Pactis*, s'en explique bien nettement, *Pactum valet de futuro jure quia validatur duorum conſenſu ſed repudiatio unius voluntate tantum*, cette différence eſt bien ſenſible ; or dans la queſtion propoſée, on ne demande point ſi celui qui eſt appellé à une ſubſtitution, peut en traiter avant qu'elle ſoit ouverte ; mais s'il peut y renoncer, & par ſa renonciation faire place au degré ſubſéquent, c'eſt préciſement le cas de répondre que ſa renonciation ne produit aucun effet, *nihil agit*, & que le ſubſtitué n'étant pas en état de recueillir le fidéicommis s'il vouloit, il ne peut valablement y renoncer, *quod quis ſi velit habere non poteſt, id repudiare non poteſt.* Signés, de *Berbiſey*, de *La Marre*, *Bouhier*, *Fijan*, & *Quarré.*

FLANDRES.

CELUI qui eſt appellé à une ſubſtitution ne peut pas y renoncer purement & ſimplement avant qu'elle ſoit ouverte, parce qu'on ne peut pas renoncer valablement à ce qu'on n'a pas encore droit d'accepter, & qu'avant l'ouverture il n'y a aucun droit acquis au ſubſtitué.

Nous croyons cependant qu'il peut y renoncer par une convention après la mort du teſtateur pour faire place au degré ſubſéquent, & nous croyons qu'en ce cas celui qui a renoncé ne fait point un degré, parce qu'il n'a point effectivement recueilli la ſubſtitution. Signés, *Pollinchon*, *Pinault*, de *Bannaux*, *Douche* de *Beaulieu*, *Viſant* de *Ponange*, de *Burges*, *Biſſehop*, *Curpin*, de *Calonne*, *J. Vaymel*, *Duparq* & *Vermineau.*

GRENOBLE.

QUOIQUE les Loix ſemblent rejetter les renonciations à un fidéicommis avant qu'il ſoit échu, néanmoins elles ont été confirmées par les Arrêts, comme l'atteſte *Ricard dans ſon traité des ſubſtitutions*, *chap.* 9, *ſect.* 3 ; enſorte que l'héritier par ſa renonciation a fait place au degré ſubſéquent.

(*a*) Cujas, Jac. & Dion, Godef. Hotom. Veſembec, Faber, *alii paſſim.*

Mais pour décider s'il fait un degré, il ſemble qu'il faudroit diſtinguer ſi la renonciation eſt gratuite, ou ſi elle eſt faite *aliquo dato*; au premier cas celui qui a renoncé ne paroît pas devoir faire un degré, parce que de fait la ſubſtitution ne lui a pas été acquiſe. *Secus* au ſecond cas, parce qu'il a reçu pour la renonciation, & par conſéquent il doit être compté pour un degré.

GRENOBLE.

On préſuppoſe que la renonciation n'eſt point frauduleuſe & faite pour faire perdre des créanciers, parce que dans ce cas elle ne ſeroit pas valable, & les créanciers ſeroient en droit de la faire revoquer par l'action Paulienne & l'Edit du Prêteur, *de his quæ in fraudem creditorum.* Signés, *Grammont*, premier Préſident, *Lacroix*, de *Sayne*, de *Loyſſin*, *Morel*, *Montrivier*, & *Vidault*, Procureur Général.

NOUS eſtimons que celui qui renonce ſimplement & gratuitement à une ſubſtitution avant qu'elle ſoit ouverte ne fait pas un degré. Signés, de *Montholon*, *J. Pierre*, de *Lange*, *Bertrand*, *Muſac*, *Le Goulon* de *Champel*, *Bonneau* & *Lançon.*

METZ.

CETTE queſtion n'a pu ſe préſenter dans le dernier cas dans ce Parlement, à cauſe que comme il a été remarqué ci-deſſus, les ſubſtitutions n'y ont pas de bornes.

PAU.

Mais nous croyons que celui qui eſt appellé à une ſubſtitution peut y renoncer avant qu'elle ſoit ouverte pour faire place au degré ſubſéquent conformément à la diſpoſition du Droit Romain, pourvu que la renonciation ſoit expreſſe & faite à la vue du teſtament contenant la ſubſtitution, ou qu'il paroiſſe que celui qui renonce a une connoiſſance parfaite, & dans ce cas nous croyons que celui qui renonce ne fait pas un degré, parce que le droit de ſubſtitution étant répudié, c'eſt comme s'il n'avoit jamais appartenu au ſubſtitué qui répudie, *quod repudiatur numquam noſtrum fuiſſe intelligitur.* Signés, de *Gaubert*, *Caſaux*, *Mignon*, *Deodat*, *Deſclaux*, *Meſplés*, *Bordenave*, *Dejean*, *Leſan*, *Bonnecaſe*, *Caſenave* & de *Caſeaux.*

IL ſemble que celui qui eſt appellé à une ſubſtitution peut y renoncer avant qu'elle ſoit ouverte, & par là il fait place au ſubſéquent, par la raiſon que quoiqu'il ſoit naturel de profiter d'un bien qu'on veut nous faire, il n'eſt point contre l'ordre de le re-

PAU. M. DE GAUBERT, premier Préſident.

PAU.

fuser lorsqu'on a ses raisons, & par ces raisons l'on ne fait point d'injustice ni préjudice aux autres, & comme tout héritier soit légitime ou testamentaire peut répudier & renoncer à une succession, *nemo hæres invitus*, de même un donataire ou substitué peut renoncer, *non potest liberalitas nolenti acquiri*, *leg. hoc jure* 19, §. *non potest* 2, *ff. de donat. invito beneficium non datur leg. invito* 69, *ff. de reg. juris*. Le substitué pouvant renoncer à une substitution échue, il semble n'y avoir point de doute qu'il ne puisse renoncer à une substitution non encore ouverte, *substitutio precaria pacto remitti potest. Leg. proponas* 16, *Cod. de pactis*, *leg. de fideicom.* 11, *Cod. de transact. Ferriere sur Guip. quest.* 232, *Graverol sur M. Larroche-Flavin*, *liv.* 2, *Arr.* 4, sur le mot *Légitime*, *Larroche-Flavin*, *liv.* 3, *Arr.* 12, sur le mot *Substitution*, *M. Catellan*, *tom.* 1, *liv.* 2, *chap.* 74.

Nous croyons que celui qui est appellé à une substitution peut y renoncer avant qu'elle soit ouverte, & y renonçant il ne fait point de degré, & dans ce cas la substitution est transmise & déférée au substitué suivant. Celui qui renonce ou répudie la substitution, c'est comme si le droit de substitution ne lui eût jamais appartenu, suivant la maxime établie par les Loix, *quod repudiatur numquam nostrum fuisse intelligitur;* ainsi ce substitué & son degré ne doivent point être comptés; ensorte que comme dit M. Catellan, le substitué au cinquieme degré, par exemple, remonte & se trouve au quatrieme.

ROUSSILLON.

CETTE question contient deux chefs, le premier regarde la validité de la renonciation au fidéicommis avant l'échéance, & le second, si, en supposant cette renonciation valide, celui qui renonce fait un degré.

A l'égard du premier chef de la question, il paroît devoir être entendu, non d'une renonciation simple telle que la répudiation qui se fait par une déclaration de la seule volonté de celui qui répudie, auquel cas elle ne vaut pas avant l'échéance & la délation suivant les regles établies par le Droit Romain, (*a*) qui la

(*a*) *L.* 135, §. *quod quis*, *ff. de reg. jur. L.* 45, §. *si sub conditione de leg.* 2°. *si sub conditione aut ex die certa nobis legatum ante conditionem, vel diem certum repudiare non possumus cum nec pertinet ad nos antequam dies veniat vel conditio existat.*

regarde comme un acte inutile, & qui laisse à celui qui renonce la liberté du concert avec un intéressé, comme avec l'héritier grevé en faveur de qui on veut remettre la charge de rendre, ou d'un frere substitué après nous, en faveur duquel nous voulons nous priver d'un fidéicommis pour anticiper son rang qui seroit plus réculé sans cette renonciation; en un mot, d'une renonciation causée qui contient une convention, un pacte, un contrat, où intervient non la seule volonté de celui qui renonce comme dans la renonciation pure & simple, mais la volonté de celui qui fait cette libéralité, concourt avec celle d'un autre qui accepte; ensorte que c'est un engagement parfait; c'est ce que les termes de la question font assez connoître par ces paroles, *pour faire place au degré subséquent.*

Or, dans ce cas, il faut distinguer les différens temps; car si cette convention se fait dans l'intervalle d'entre le testament qui contient le fidéicommis & la mort du disponant, il est hors de doute que la renonciation ne vaut pas étant contraire aux bonnes mœurs, (*a*) puisqu'il s'agit d'une paction de la succession d'un homme vivant que le droit abhorre, à moins qu'elle ne soit faite avec le consentement de celui de la succession duquel il s'agit. Mais si le disponant est déja mort, ensorte que la renonciation n'est faite que dans le temps que le fidéicommis n'est pas encore ouvert à cause que la condition n'est pas échue, alors la renonciation faite par le fidéicommissaire, soit en faveur de l'héritier chargé de rendre, soit en faveur de celui qui est appellé après lui, vaudra comme contenant un engagement parfait qui ne laisse plus au renonçant la liberté de s'en départir, & celui en faveur de qui la renonciation est faite a toujours l'exception *pacti conventi*; d'ailleurs on ne sauroit se prévaloir dans ce cas de la regle du Droit écrit ci-dessus établie, parce que n'étant appuyée d'aucunes raisons publiques, il peut y avoir été dérogé par des conventions particulieres, & c'est la Jurisprudence qui seroit suivie en Roussillon, si la question y étoit proposée comme la

(*a*) *Leg. ult. Cod. de pactis, secundum veteres itaque regulas Sancimus omnino hujusmodi pacta quæ contra bonos mores inita sunt repelli, & nihil ex his pactionibus observari, nisi ipse forte de cujus hæreditate pactum est voluntatem eis accomodaverit & in eas usque ad extremum vitæ spiritum perseveraverit.*

ROUSSILLON.

plus universellement reçue (*a*) & autorisée même par la Loi Romaine, jusques là qu'elle donne le droit (*b*) de poursuivre la peine stipulée en cas de contravention.

A l'égard du second chef de la question, si dans ce cas celui qui a renoncé peut faire place à son substitué, fait un degré, le Conseil souverain estime, qu'il ne doit pas être compté pour un degré; car lorsqu'un degré moyen manque ou par la renonciation, ou par la répudiation, ou par la caducation, pour lors son substitué immédiat est subrogé en sa place par la substitution appellée vulgaire *in fideicommisso*, & prend le fidéicommis de la main de celui de qui l'autre l'auroit pris si son degré n'avoit pas manqué; ainsi celui qui est prémort ou qui répudie après la délation, ou qui a renoncé par la convention avant le droit déféré ne sauroit jamais être compté pour un degré.

D'ailleurs, c'est toujours l'événement que le Législateur a eu en vue, quand il a fixé la durée du fidéicommis, & la possession actuelle de ceux qui l'ont recueilli ou appréhendé, & comme celui qui a renoncé ou répudié n'a jamais contribué par la possession à la durée du fidéicommis, il ne peut, suivant l'Ordonnance de Louis XIII, être compté pour un degré. Signés, *Deponte*, *d'Albaret*, *Delpont*, de *Villars*, *Collarés*, *Bonnet* & *Romanya*, *Cispert*, de *Fulla*, *Regnés*, *Desprès*, *Bonnet* & *Sans*.

TOULOUSE.

CELUI qui est appellé à une substitution peut y renoncer avant qu'elle soit ouverte pour faire place au degré subséquent, s'il renonce purement & simplement, & non en faveur d'un autre, autrement on pourroit regarder sa renonciation comme une donation, & en ce cas il seroit un degré.

Celui qui répudie la substitution ne fait pas un degré, quoique la substitution ait été ouverte à son profit, (*c*) à plus forte

(*a*) *Peregrinus de fideicom. art. 52, n°. 11 & seq.*

(*b*) *Leg. qui Romæ 122, §. duo fratres, ff. de verbor. oblig. Duo fratres hæreditatem suam inter se diviserunt & sibi caverunt nihil se contra eam divisionem facturos & si contra quis fecisset pœnam alter alteri promisit: post mortem alterius qui supervixit petiit ab heredibus ejus hereditatem quasi ex causâ fideicommissi sibi à patre relicti debitam & adversus eum pronunciatum est quasi de hoc quoque transactum esset: quæsitum est an pœna commissa esset, respondit pœnam secundum ea quæ proponuntur commissam.*

(*c*) Catellan, liv. 2, chap. 74.

raiſon, celui qui renonce à la ſubſtitution avant qu'elle ſoit ouverte ne fait pas un degré. La répudiation & la renonciation produiſent le même effet, que s'il n'eût appartenu aucun droit au ſubſtitué, & qu'il n'eût point été appellé à la ſubſtitution. *Quod repudiatur numquam noſtrum fuiſſe intelligitur.*

TOULOUSE.

Ainſi nous croyons que celui qui eſt appellé à une ſubſtitution peut y renoncer avant qu'elle ſoit ouverte, pour faire place au degré ſubſéquent, & qu'en ce cas il ne fait pas de degré. Signés le *Préſident Daſpe*, *Comere* de Labaſtide, *Pegueyroles*, *Baſtard*, de *Catellan-Lamaſquere*, *Azemar*, *Caſſan*, *Aymard*, *Cauſſade*, de *Celés*, *Paraza*, *Daſpe* de *Meillan*, & *Le Mazuyer*.

PARIS.
M. le Procureur Général.

CETTE queſtion a été fort controverſée dans les Parlemens.

Ceux de Toulouſe, de Bordeaux, de Pau, de Beſançon & de Flandres, croient la renonciation valable, celui de Pau ajoute avec raiſon, qu'il faut que la renonciation ſoit expreſſe, *& viſo teſtamento.*

Le Parlement de Grenoble ne croit pas la renonciation valable.

Celui de Metz la ſuppoſe valable ſans ſe décider expreſſement.

Dans le Parlement de Dijon les Auteurs ont été partagés.

Celui de Grenoble les regarde comme contraires aux Loix, quoiqu'il y en ait eu de confirmées par des Arrêts.

Celui d'Aix ne paroît pas s'être expliqué bien expreſſément ſur cette premiere queſtion.

Le Conſeil de Rouſſillon croit la renonciation nulle; il en excepte le cas de la renonciation en faveur de celui qui eſt appellé au degré ſuivant, & il diſtingue ſi la renonciation eſt faite du vivant du Teſtateur ou après ſa mort; au dernier cas il juge la renonciation valable, mais c'eſt réellement décider par la validité; car le cas de la renonciation, du vivant du teſtateur, ne paroît pas poſſible, le teſtament étant ſecret pendant la vie, & le cas de la renonciation, en faveur du ſubſtitué appellé, eſt le même que celui de la repudiation pure & ſimple.

Comme leurs ſuffrages & le réſultat des rédacteurs ſont remplis de toutes les difficultés qui peuvent naître à cette occaſion, il eſt bien difficile de ne pas entrer dans le détail de toutes celles qui ont été agitées.

On peut d'abord diſtinguer l'époque de la renonciation qui peut

PARIS.

se faire à une substitution soit entre-vifs ou par testament. Si c'est une substitution par testament, la renonciation peut se faire ou du vivant du testateur ou après sa mort, avant que la substitution soit ouverte, au profit du renonçant ou après qu'elle a été ouverte à son profit.

Ce dernier cas n'est pas celui de la question proposée; on ne peut douter que le substitué ne puisse renoncer au droit ouvert à son profit, & en ce cas il ne remplit point un degré, ainsi qu'on l'a décidé dans la question précédente.

Le premier cas qui est cependant proposé par le Conseil d'Alsace & par celui de Roussillon paroît impossible, puisqu'on ne connoît point un testament du vivant du testateur; c'est donc le second cas uniquement qui est celui de la question proposée & qui paroît partager les suffrages. Quelques-uns ont voulu distinguer en ce cas la renonciation en faveur de la renonciation pure & simple, c'est une observation du Parlement de Toulouse, & la renonciation gratuite de la renonciation *aliquo dato*.

Mais on ne croit pas que la renonciation en faveur, ou *aliquo dato* soient le véritable cas de la question.

Si la renonciation est en faveur, ou elle est en faveur de celui qui est appellé à la substitution après le renonçant, ou elle est en faveur d'un autre. Ce ne peut être une renonciation; ce seroit une cession de droits qui feroit entrer le cessionnaire dans les droits du cédant, & alors ce cessionnaire rempliroit un degré, mais ce ne paroît pas encore être la question proposée.

Si la renonciation est en faveur de celui qui est appellé après le renonçant, elle a le même effet que si elle étoit pure & simple, c'est donc le véritable état de la question proposée.

On peut en dire autant de la renonciation gratuite, ou *aliquo dato*, l'une ou l'autre au profit d'un autre que de celui qui est appellé après le renonçant, sera toujours une cession de droits & le cessionnaire rempliroit un degré. Si elle est gratuite au profit du renonçant, c'est la question proposée qui comprend dans la généralité & la renonciation pure & simple, & celle faite en faveur de l'appellé à la substitution; il ne resteroit que la seule question de la renonciation *aliquo dato*, au profit de celui qui seroit appellé après le renonçant, & l'on pourroit agiter si étant valable, le renonçant rempliroit un degré; mais il faut convenir qu'en écartant toutes les questions inutiles, la vraie question se réduit, par rapport aux substitutions testamentaires, à sçavoir si quelqu'un

quelqu'un appellé à une ſubſtitution teſtamentaire, peut renoncer, après la mort du teſtateur, avant que la ſubſtitution ſoit ouverte à ſon profit, ſoit purement & ſimplement ou au profit de celui qui eſt appellé après lui à la ſubſtitution, ſoit gratuitement, ou *aliquo dato*, & toutes ces branches tombent dans la même queſtion, & ſe décident par le même principe; c'eſt le premier membre de la queſtion popoſée. Le ſecond eſt de ſavoir ſi dans l'un & l'autre cas le renonçant remplira un degré.

A l'égard des ſubſtitutions par Acte entre-vifs, l'époque de la vie ou du décès du donateur eſt indifférente, parce que l'Acte de donation eſt un Acte public du jour même qu'il a été paſſé. De ce jour là même le donataire ou premier inſtitué eſt propriétaire, & le ſubſtitué a connoiſſance qu'il eſt appellé: la queſtion eſt donc dans deux ſeuls cas, l'un de la renonciation après l'ouverture à ſon profit, cas qui n'eſt pas douteux, qui ſe doit décider comme dans les donations teſtamentaires, & qui n'eſt pas celui de la queſtion propoſée; l'autre de la renonciation avant l'ouverture à ſon profit, & c'eſt la queſtion propoſée dont la déciſion doit être la même que de celle qu'on vient de rédiger.

Ces préliminaires ſuppoſés, la queſtion a paru d'autant plus difficile ſur la premiere partie de la queſtion, que les Commiſſaires ont pris des avis différens, quoique le plus grand nombre ait été pour l'affirmative.

Pluſieurs de MM. ont penſé qu'il falloit ſuivre le principe ſi commun & ſi connu qu'on ne peut renoncer à un droit incertain & qui n'eſt pas encore échu; que ſi on donnoit atteinte à ce principe, il faudroit le faire dans tous les cas où il peut avoir lieu, telles que toutes les ſucceſſions futures; qu'en faiſant une loi nouvelle on peut bien détruire un principe général par la vue d'un plus grand bien qui peut réſulter du principe oppoſé; mais que quand un principe ancien & reconnu dans tous les temps, a rapport à différentes branches qui forment différentes queſtions que le même principe doit décider, il faut alors ou établir le principe contraire, dans tous les cas, ou ſuivre dans tous les cas l'ancien principe, ſans quoi on formeroit une loi difforme, & qui ne ſeroit pas conſéquente; & de là on a cru devoir conclurre qu'étant évident qu'on ne peut autoriſer les renonciations aux ſucceſſions futures, on ne peut auſſi établir la validité des renonciations aux fidéicommis avant l'ouverture, parce que c'eſt le même principe qui décide les deux queſtions.

PARIS.

On a cru cependant devoir mitiger cette décision au seul cas auquel il n'y auroit point de convention avec celui qui seroit appellé dans le degré subséquent ; on est convenu qu'en ce cas la convention rendroit la renonciation irrévocable, mais que dans le cas contraire, n'y ayant point de convention, la renonciation pourroit n'être pas inutile par elle-même, mais qu'elle pourroit être révocable.

Plusieurs autres ont cru que dans tout ce qui regarde les Actes émanés de la libre volonté de l'homme, on devoit toujours décider pour la validité, à moins que l'Acte ne fût contraire à quelques principes évidens de justice & d'équité, qu'il ne fût contraire à l'ordre public, qu'il ne fût enfin prohibé par quelque Loi ; encore a-t-on pensé que quand il est question de législation, la Loi ancienne ne doit pas être un obstacle si la nouvelle Loi peut être plus avantageuse aux peuples.

Or en supposant d'abord la question toute nue, si la renonciation à un fidéicommis qui n'est pas ouvert peut être valable, la premiere idée qui vient à l'esprit est de répondre, pourquoi ne le seroit-elle pas ? Y a-t-il rien dans un pareil Acte émané de la volonté libre de l'homme, qui soit contraire à l'ordre public & au bien des peuples ? Si le principe général de la nullité des renonciations aux successions futures, paroît d'abord un obstacle ; si les Loix Romaines sembloient aussi s'opposer à la renonciation faite au fidéicommis avant leur ouverture, on a cru qu'il falloit infiniment distinguer entre la renonciation à un droit incertain à tous égards, même dans son objet, tel que la succession future, & la renonciation à un droit dont l'objet est certain, quoiqu'il soit incertain s'il sera recueilli par le renonçant.

On a observé d'ailleurs, que s'il y avoit des Loix Romaines qui sembloient établir la nullité de la renonciation, il y avoit d'ailleurs cette fameuse Loi XV au Code *de Pactis*, qui regardoit la renonciation comme valable, s'il y avoit une acceptation de la part de celui qui devoit recueillir au lieu du renonçant. Mais il a semblé que cette limitation étoit aussi contraire au principe que le cas de la renonciation sans acceptation ; que l'incertitude de l'événement étant égal dans le cas de l'acceptation ou dans le cas que la renonciation étoit sans acceptation, il falloit ou décider pour la nullité dans le premier cas, ou décider pour la validité dans le second. Qu'il paroissoit même évident, que la différence de ces Loix étoit plutôt fondée sur les subtilités du droit qui

regardoit l'Acte de l'homme seul comme sans effet, au lieu que la convention de deux le rendoit valable, qu'il étoit donc nécessaire de décider d'une maniere uniforme les deux cas.

Qu'enfin, s'il étoit question de les décider uniformément, on ne pouvoit douter qu'il ne fallût suivre ce qui paroissoit plus utile pour les sujets du Roi, & que tout concouroit pour envisager la validité de la renonciation comme avantageuse ; que c'étoit souvent une chose très-avantageuse pour le bien d'une famille, pour l'établissement d'un enfant que le grevé de substitution, & souvent même le pere renonçât au fidéicommis avant qu'il fût ouvert ; que cela étoit souvent encore plus favorable de la part d'un appellé qui se trouveroit dans les Ordres sacrés ; qu'en vain même pourroit-on dire que c'est renoncer à un droit qui n'existe point ; il est inhérent à tous ceux qui sont appellés, quoiqu'il puisse devenir caduc par un événement incertain ; que la validité d'une pareille renonciation peut encore être utile pour proroger la substitution, prorogation qui n'est point odieuse lorsque celui qui est appellé ne commet point de fraude en renonçant ; que souvent même cette prorogation naturelle se trouveroit nécessaire pour le bien d'un fils dissipateur ; qu'elle pourroit enfin être accompagnée du consentement de celui qui auroit intérêt à la voir finir dans sa personne, s'il se trouvoit le dernier appellé, en cas que le renonçant eût recueilli.

Mais que quand la renonciation ne seroit pas accompagnée d'aucune convention avec celui qui se trouve appellé, elle ne paroîtroit pas moins valable, puisque le principe paroît le même dans les deux cas, & parce que d'ailleurs l'avancement futur d'une famille peut souvent exiger qu'un grevé qui va faire un voyage de long cours, qui est prêt d'entrer dans les Ordres sacrés, puisse renoncer ou purement ou simplement ou en faveur de celui qui est appellé, mais pendant son absence ; le plus grand nombre a été de ce sentiment conformément à l'art. 38 des Arrêtés de M. le P. P. de Lamoignon.

On a agité une autre question, c'est celle du renonçant qui auroit des enfans depuis sa renonciation : tout le monde a pensé que la renonciation ne pourroit faire tort à ses enfans s'ils étoient compris expressément ou tacitement dans la substitution ; plusieurs pensoient qu'on pourroit, même dans tous les cas, établir la nullité de la renonciation suivant les regles de la Loi, *Si unquam*, mais on n'a pas assez approfondi la question pour la décider ;

PARIS.

ou n'a pas cru qu'il convînt de la décider n'ayant pas été proposée.

L'observation du Parlement de Toulouse, sur la renonciation en faveur n'a pas paru avoir d'objet, puisque si elle est en faveur d'un homme qui n'auroit aucun droit, ce n'est pas l'objet de la question, & si c'est en faveur de celui qui est appellé, elle a le même effet que si elle étoit pure & simple. On a pensé de même de l'observation du Parlement de Grenoble sur la renonciation, *aliquo dato*, puisqu'il ne s'agit point dans la question de savoir si c'est au profit de celui qui ne seroit point appellé; & que si c'est au profit de celui qui seroit appellé le prix de la renonciation n'est point une circonstance qui puisse rendre la renonciation nulle. A l'égard de la seconde partie de la question, il paroît évident qu'un renonçant qui n'a point possédé, ne peut remplir un degré; l'exception du Parlement de Toulouse, par la renonciation en faveur, devient inutile (comme on l'a dit) si c'est en faveur d'un tiers, & si c'est en faveur de celui qui est appellé, elle ne peut pas plutôt former un degré que la renonciation pure & simple.

La différence qu'un des rédacteurs y a faite pour décider que celui qui entre dans le degré du renonçant pourroit dire qu'il jouit du chef de celui qui a renoncé, & former un degré pour en remplir un second de son chef, si le renonçant mouroit avant lui. Cette différence dont on infere cette décision est ce qui détermineroit au contraire à conclure que cette renonciation ne peut jamais faire qu'un degré, afin qu'un homme ne pût pas conserver deux degrés dans sa personne.

L'observation du Parlement de Grenoble pour le cas où la renonciation est *aliquo dato*, est la seule qui a paru pouvoir former quelque doute, parce que celui qui renonce *aliquo dato*, en faveur même de celui qui est appellé, semble avoir joui de l'effet substitué par le prix qu'il en a reçu, & que ce seroit d'ailleurs un moyen d'étendre les degrés de substitution. D'autres des MM. cependant ont pensé qu'il y auroit trop d'inconvéniens à faire former un degré par celui qui auroit renoncé *aliquo dato*; que cela causeroit une infinité de procès; qu'un pere pourroit renoncer dans le contrat de mariage moyennant une pension modique; qu'il pourroit même d'ailleurs donner à son fils tous ses biens libres; qu'on pourroit insérer enfin dans le contrat de mariage la clause de ne demander compte ni partage, & que dans tous ces cas on pourroit soutenir que de pareilles clauses, ou quelques autres semblables, seroient

un prix qui formeroit un degré; qu'on pourroit prétendre la même chose d'une pension modique; que s'il y avoit d'autres libéralités du renonçant, on agiteroit si la pension ou autre avantage reciproque seroient le prix des autres libéralités ou de la renonciation; qu'enfin l'inconvénient de la prorogation de la substitution étoit moindre que celui de ces contestations qui pouvoient naître. Le plus grand nombre a pensé, au contraire, que l'inconvénient d'abréger la substitution étoit trop considérable, pour ne pas décider que la renonciation *aliquo dato* formeroit un degré. PARIS.

Ainsi on estime que celui qui est appellé à une substitution peut y renoncer avant qu'elle soit ouverte pour faire place au degré subséquent, & qu'en ce cas, si la renonciation étoit gratuite, qu'elle ne formeroit point un degré; plusieurs ont pensé que la renonciation même *aliquo dato* ne formeroit pas un degré, mais ce n'a pas été le plus grand nombre.

Quelques-uns ont estimé que celui qui étoit appellé à une substitution ne pouvoit y renoncer avant qu'elle fût ouverte que par une convention, du moins que sans cela elle n'étoit pas irrévocable.

SEIZIEME QUESTION.

Si la mort civile donne ouverture au fidéicommis?

Si elle n'y donne lieu qu'en cas qu'il y ait une prohibition expresse d'aliéner?

LA Jurisprudence de ce Parlement est, que la mort civile est équivalente à la naturelle, & qu'elle donne par conséquent lieu à l'ouverture du fidéicommis (*a*). AIX.

Les motifs de cette Jurisprudence (*b*) sont fondés sur la disposition expresse de la Loi, & l'on ne doit, ce semble, faire aucune différence entre le cas où il s'agit d'un fidéicommis pur &

(*a*) Boniface, tom. 1 de la premiere compilation, liv. 6, tit. 6, ch. 1, p. 439.

(*b*) L. 13, §. 2, *ff. de condict. & demonstr. Non idem erit dicendum si ea pœna in eum statim fuerit quæ irrogat servitutem quia servitus morti assimilatur.*

AIX.

ſimple d'avec celui où il y a prohibition expreſſe d'aliéner; cette prohibition ne changeant en rien la nature du fidéicommis, qui porte de ſoi la défenſe à l'héritier grevé d'aliéner les biens (*a*) ſujets à reſtitution; enſorte que ſi la mort civile arrive avant l'échéance du fidéicommis, dans ce cas le mort civilement doit être tiré de ligne; ſi au contraire elle ne ſurvient qu'après, dans ce cas le droit du ſecond ſubſtitué demeure ouvert; & ſi le premier mort civilement a joui, il doit être compté pour avoir rempli ſon degré.

Il eſt vrai que ſuivant la Loi Romaine (*b*) les morts civilement étoient capables de legs d'alimens, & qu'ainſi il ſemble qu'on devroit attendre la mort naturelle pour donner ouverture aux fidéicommis, & les laiſſer jouir, par forme d'alimens, des fruits des biens fidéicommiſſaires; mais autre choſe ſont de ſimples alimens, & autre choſe la poſſeſſion d'une ſucceſſion univerſelle; ainſi l'on croit qu'il faut s'en tenir à la regle, & décider que ſans qu'il y ait une prohibition d'aliéner, la mort civile donne lieu à l'ouverture du fidéicommis.

M. DECORNIS, Avocat.

LA mort civile donne réguliérement ouverture au fidéicommis, ſans qu'il ſoit beſoin qu'il y ait une prohibition expreſſe d'aliéner.

BESANÇON.

LA queſtion propoſée dans cet article eſt ſuſceptible de beaucoup de difficultés, la contrariété qui ſe trouve entre la diſpoſitiondu *ff. Cornelio* de la Loi *Statius Florus* 48, *ff. de jure fiſci* (*c*), & ce qui eſt décidé par les Loix *intercidit* (*d*), *ff. de condit. & demonſtrat. & quidam* (*e*) *de pœnis*, a produit une diverſité de ſentimens ſur cette matiere qui laiſſe dans l'eſprit une incertitude qu'il eſt à propos de fixer. Il paroît que l'on ne doit plus conſidérer les peines rapportées dans le Droit pour la punition des crimes, parce qu'elles ne ſont plus en uſage parmi nous, mais qu'il faut s'attacher uniquement à celles qui ſe trouvent dans l'Ordon-

(*a*) *Leg. 3, cod. com. de legat. & fideicom. Novell. 39, cap. 1.*

(*b*) *Leg. 3, de ris quæ pro non ſcriptis habentur.*

(*c*) *Dico fideicommiſſi non cedit per deportationem ipſius gravati ſed illius mors ſpectari debet, leg. Statius Florus, §. Cornelio, ff. de jure fiſci.*

(*d*) *Si quis in metallum damnetur quia ſervitus morti aſſimilatur, leg. intercidit, ff. de condit. & demonſtr.*

(*e*) *Iis metallum damnatis nihil poteſt relinqui ex teſtament. leg. quidam de*

nance de 1670 qui est devenue la regle de tous les Parlemens : or la condamnation aux galeres perpétuelles ou au bannissement perpétuel, qui sont les plus fortes après la mort naturelle, ôte bien aux condamnés la faculté de tester, sans qu'on puisse dire pour cela qu'elle désaisisse l'héritier grevé, puisque d'une part le fidéicommissaire peut mourir avant cet héritier, & que de l'autre la condamnation peut être anéantie à chaque instant par une grace du Prince. Sur ces motifs l'on peut dire qu'il n'y a que la condamnation à la mort naturelle qui donne ouverture au fidéicommis, soit qu'il y ait une prohibition expresse d'aliéner portée par le testament ou non. Tout ce qui est à faire dans le cas d'une condamnation aux galeres perpétuelles ou au bannissement perpétuel, est de pourvoir à la sureté du fidéicommis par des précautions qui seroient à prendre entre le fidéicommissaire & ceux à qui passeroient les biens substitués. On trouve des exemples de ces précautions dans plusieurs Loix du Digeste *ad leg. falcid.*

BESANÇON.

Ainsi les Commissaires estiment que la mort civile que produisent les peines dont on a parlé, n'opere pas l'ouverture du fidéicommis, soit qu'il y ait une prohibition d'aliéner, ou qu'il n'y en ait pas. Fait & arrêté le 29 Août 1730. Signés, *Boisot*, *Espiard*, *Tinsean*, *Dorol*, & *Boquet* de *Courbouson.*

LE Droit Ecrit ne parle point de la peine des galeres, nous n'y trouvons que celle de la déportation des ouvrages publics & de l'esclavage.

COLMAR.

La déportation emportoit mort civile, il ne restoit au déporté que le droit de gens, selon la Loi 15, *ff. de interdictis & relegatis.* Zoesius, sur ce titre, n'hésite pas de dire que le déporté perdoit tous ses biens par confiscation. Le serf étoit également regardé comme mort civilement & soumis à l'esclavage, sa succession se partageoit comme si de fait il eût été mort. Le serf étoit regardé comme serf de sa peine, parce que *in omnibus partibus juris servitus morti æquiparatur.*

Les condamnations aux galeres perpétuelles & au bannissement peuvent être comparées & mises en parallele avec l'esclavage; car le serf étoit obligé de travailler pour son patron, comme le forçat pour le Roi. L'un n'a pas plus de liberté que l'autre n'avoit; cela étant il faut conclure que la mort civile donne ouverture au fidéicommis, & ce sentiment est fondé sur la Loi *cum Ulpianus*, *ff. de interdictis*, qui défend de faire des avantages aux déportés,

COLMAR. sur le principe que la mort civile les en rend incapables à cause du crime qui les en a rendus indignes. Or s'ils sont indignes, & comme tels incapables d'aucun avantage testamentaire ou autre, il s'ensuit nécessairement que la mort civile donne ouverture au fidéicommis, sur-tout & à plus forte raison s'il y a une prohibition expresse d'aliéner. Signés, de *Corbeson*, *Holdt*, *Muller* & *Mulle*.

BORDEAUX. CETTE question qui a partagé si long-temps les Docteurs paroît enfin fixée pour la négative, & en particulier au Parlement de Bordeaux, nous tenons constamment que la mort civile ne donne point ouverture au fidéicommis, parce que le retour du condamné, par la grace du Prince, pouvant toujours être attendu, la condition ordinaire *si sine liberis* peut aussi défaillir, ou même le fidéicommis devenir caduc par la prémourance du substitué.

Cette décision n'a pourtant pas lieu dans le cas de la prohibition d'aliéner, & l'héritier grevé y contrevenant par la condamnation qu'il encourt, & qui emporte avec soi l'aliénation des biens, il est sans difficulté qu'il fait ouverture du fidéicommis. Signés, *Gillet* de *Lacase*, *Le Berthon*, *d'Albessard*, *Bigot* & *Jegun*.

DIJON. LES Commissaires estiment que la mort civile ne donne pas ouverture au fidéicommis, quand même il y auroit une simple prohibition d'aliéner.

C'est la Jurisprudence de ce Parlement prouvée par deux de ses Arrêts des 4 Février 1655 & 8 Mai 1664. La Loi *Statius Florus* 48, *ff. de jure fisci*, §. *consilio felic.* la Novelle 22, cap. 8, & plusieurs autres textes du Droit décident la même chose.

C'est le sentiment des Docteurs, & singuliérement de Dumoulin sur la regle de Chancellerie *de infirmis resignantibus n.* 219, où il dit, *verbum mortis simpliciter prolatum intelligendum esse de naturali nec extendi ad civilem nisi in casibus à jure expressis.*

D'ailleurs cette résolution est fondée sur plusieurs raisons, 1°. Celle de la Loi *Statius Florus*, que le fidéicommis peut devenir caduc par le prédécès du substitué.

2°. Parmi nous la mort civile ne rend pas le condamné serf de la peine.

3°. Ils peuvent être rappellés & rétablis par la grace du Prince.

4°. On ne doit pas présumer que celui qui a fait le fidéicommis ait prévu le cas de la mort civile de son héritier, & pensé de lui quelque chose de sinistre.

5°.

5°. En Bresse & en plusieurs autres Provinces du Royaume la confiscation n'a pas lieu. Signés, de *La Marre*, *Bouhier*, *Lantin*, *Fijan*, *J. David*, *Bazin*, *Mayrelet*, de *Minot*, *Normand* puîné, *Thiery*, *Quarré* & *Genreau*. DIJON.

LA mort civile ne donne point ouverture au fidéicommis qui est restituable au temps de la mort, parce que la condition de la mort ne peut être véritablement accomplie que par la mort naturelle de celui qui est chargé de restituer, avant laquelle le substitué lui-même peut mourir; c'est la décision de la Loi *Statius Florus*, §. *Cornelio*, *ff. de jure fisci*. La prohibition expresse d'aliéner ne nous paroît point être une raison suffisante pour s'écarter de cette décision, parce que la mort civile n'opere point l'aliénation de la propriété des choses sujettes à la restitution. Signés, *Polinchon*, *Pinaul*, de *Bannaux*, *Douche* de *Beaulieu*, *Visant* de *Ponange*, de *Burges*, *Bisshop*, *Curpin*, de *Calonne*, *J. Vaymel*, *Duparq* & *Vermineau*. FLANDRES.

IL y a diversité de sentimens si la mort civile qui suit d'une condamnation à mort par contumace, ou d'une condamnation aux galeres perpétuelles, donne ouverture au fidéicommis. Le Parlement de Provence juge pour l'affirmative, comme l'attestent Boniface & Duperier dans ses nouvelles questions; mais le Parlement de Dauphiné a toujours suivi la négative en conformité de la Loi *Statius Florus*, §. *Cornelio Felici*, *ff. de jure fisci*, & de la Loi *ex ea parte* 121, §. *in insulam*, *ff. de verbor. obligat.* sur laquelle la glose dit que, *appellatione mortis mors intelligitur naturalis non civilis*. GRENOBLE.

On peut dire que cette derniere opinion est plus conforme à la disposition du Droit, comme l'établit *M. le Président Expilly*, *plaid.* 29, *M. Dolive au liv.* 5 *de ses quest. chap.* 8, *& de M. Faber*, *défin.* 6, *cod. de fideicommiss.* il y a même un Arrêt du Parlement de Paris rapporté dans le 2 tom. du Journal des Audiences, liv. 3, chap. 20, M. Faber en allegue deux raisons. La premiere, que le condamné peut être restitué par le Prince. La seconde, que l'héritier substitué peut mourir avant l'échéance du fidéicommis.

La prohibition expresse d'aliéner n'ajouteroit rien à la mort civile en Dauphiné, parce que la confiscation n'y a pas lieu. Signés, de *Gramont*, premier Président, *Lacroix*, de *Sayne*, de *Loyssin*, *Morel*, *Montrivier*, & *Vidault*, Procureur Général.

METZ.

NOUS pensons que la mort civile doit donner lieu à l'ouverture du fidéicommis fondé sur la volonté présumée du testateur. Signés, de *Montholon*, *Pierre*, de *Lange*, *Bertrand*, *Musac*, *Le Goulon*, de *Champel*, *Lançon* & *Bonneau*.

PAU.

LES anciens Arrêts de ce Parlement décidoient que la mort civile donnoit ouverture au fidéicommis; mais depuis 1702 la Jurisprudence est constante au contraire, que la mort civile n'y donne pas lieu. Nous croyons que dans la Loi nouvelle il est plus convenable de décider conformément à notre derniere Jurisprudence, soit qu'il y ait prohibition d'aliéner ou qu'il n'y en ait pas, parce que la mort civile ne fait pas entiérement perdre la liberté parmi nous, comme elle faisoit parmi les Romains, du moins en certains cas, & que le condamné peut être rappellé par des Lettres du Roi, ce qui arrive souvent à cause de la clémence de nos Princes; & dans ce cas la décision contraire causeroit un grand dérangement dans les familles, puisqu'il est de style dans les Lettres de rappel de rétablir le condamné dans ses biens non d'ailleurs confisqués. D'ailleurs les enfans du grevé peuvent avoir intérêt qu'on attende la mort naturelle de leur pere avant de faire la restitution du fidéicommis, parce que si le substitué décede pendant la vie naturelle du grevé, le fidéicommis devient caduc & les enfans en profitent. Signés, de *Gaubert*, *Caseau*, *Mignon*, *Deodat*, *Desclaux*, *Mesplés*, *Bordenave*, *Dejean*, *Lesan*, *Bonnecase*, *Casenave* & de *Caseaux*.

M. DE GAUBERT, premier Président.

LES Docteurs pensent diversement sur cette question, ils sont rapportés par M. Boyer, Président au Parlement de Bordeaux, & par Ferriere sur Guy Pape, sur la question 547; M. Boyer, art. 3, décis. 278, *quod si erat substitutus sub conditione si hæres decederet si sine liberis vel post ejus mortem hereditatem restitueret tunc aut ut solum deportatus, sive banitus, sive relegatus, aut in metallum damnatus vel in Galleis ad remigandum vel in aliam pœnam per quam non perdit vitam, licet ante eventum conditionis bona publicantur etiam si non venerit casus substitutionis bona transeant in fiscum an quo ipse heres institutus adhuc naturaliter non decessit, leg. Statius Florus, §. Cornelio, ff. de jure fisci.*

Ferriere sur Guy Pape, question 547, discute exactement la question de part & d'autre. *Prima fronte videtur dicendum substitutioni quandiu Titius vivit locum non esse & mortem hanc civilem*

naturali non comparari ita ut quandiu Titius vixit, Titius bona confiscata obtinere debeat, leg. ex Parte, §. in insulam 121, *ff. de verb. oblig. stipulatio cum morieris morte naturali committitur non deportatione casus ergo mortis inquit Cujacius non trahitur ad casum deportationis, leg. Statius Florus* 48, §. *Cornelio, ff. de jure fisci. Fideicommissum relictum in diem mortis non cedere ante diem mortis naturalis substitutioni locum non esse.* Ferriere cite plusieurs autres Loix formelles. *Contrarium autem videtur dicendum esse, deportatio comparatur morti, leg. Gallus* 29, §. *& quid ff. de liber. & posth. deportatus patriam potestatem non habet, non habet testamenti factionem activam nec passivam, itaque videtur dicendum secuta deportatione fideicommissariæ substitutioni locum esse & secuta condemnatione ad perpetuos remos agendos, in hac questione si jus civile Romanum spectes mortem naturalem expectandam esse. Qui condemnatur ad triremes perpetuo non est comparandus deportato, sed servus pœnæ est, damnatus ad metalla statim secuta condemnatione locus est substitutioni.* Anne Robert rapporte des Arrêts du Parlement de Paris, chap. 16. *Charondas, liv.* 8, *chap.* 51.

M. DE GAUBERT.

Les Arrêts du Parlement de Paris l'ont pareillement décidé. La mort civile ne donne point ouverture au fidéicommis, même Jurisprudence au Parlement de Grenoble & de Dijon.

Au Parlement de Toulouse la Jurisprudence à cet égard a même varié, suivant les anciens Arrêts rapportés par *M. Maynard, liv.* 5, *chap.* 80. Les Arrêts postérieurs rapportés par M. Dolive, *liv.* 5, *chap.* 8, ont jugé que la condamnation aux galeres perpétuelles ne fait point ouverture à la substitution.

M. Laroche-Flavin, liv. 2, tit. 4, art. 33, dit que par un Arrêt général du 5 Juin 1579, il a été jugé que le retour ne se fait point par la mort civile. Graverol audit endroit ajoute, qu'il en est de même pour les substitutions comme pour les retours, le substitué pouvant mourir plutôt que l'héritier grevé, & par son décès le fidéicommis est rendu caduc. *Atque ita fideicommissum intercedere, d. l. Statius Florus*, §. *Cornelio, ff. de jure fisci*, que c'est la mort naturelle qui donne lieu à l'ouverture de la substitution & du retour, le condamné d'ailleurs à la mort civile ne peut être considéré comme privé de l'espérance d'être rétabli dans son premier état, les graces du Prince étant toujours ouvertes à leurs sujets, *semper datur locus clementia Principis*, le substitué pouvant d'ailleurs prédécéder l'héritier grevé comme il a été dit, auquel cas la disposition demeure caduque à son égard.

PAU.
M. DE GAUBERT.

Marie Ricard, des disposit. condit. trait. 2, chap. 5, sect. 4, n. 319; §. discute à fonds & très-solidement la question, & après avoir rapporté les autorités & les Arrêts, il adopte la Jurisprudence du Parlement de Toulouse, que la mort civile de l'héritier grevé ne donne point ouverture au fidéicommis ni au droit du retour; il prétend, au nombre 345, que cette disposition, en cas que l'héritier décede sans enfans, contient deux dispositions, l'une expresse & l'autre tacite; l'expresse dépend de la naissance des enfans, la tacite est attachée à la mort de l'héritier grevé, parce que n'étant chargé de restituer que lorsqu'il mourra, sa mort, qui dépend d'un temps incertain, fait condition à l'égard du fidéicommissaire, lequel, pour acquérir le fidéicommis, doit nécessairement être vivant lors du décès de l'héritier. *Intercidit legatum si ea persona decesserit cui legatum est sub conditione. L. intercidit* 49, *ff. de condit. & demonstrat.*

Marie Ricard convient que lorsque l'héritier grevé est condamné par exemple aux mines, la premiere condition est purifiée si lors de la condamnation il n'a point d'enfans, la qualité de son supplice le rendant esclave de la peine, lui ôtant sa liberté naturelle avec le droit de citoyen. Il est rendu incapable de tous les effets civils, ne pouvant, après la condamnation, mettre des enfans au monde qui empêchent l'effet de la condamnation & du fidéicommis; en sorte que si la condition étoit simplement au cas qu'il n'ait point d'enfans, nulle difficulté qu'en ce cas il n'y ait ouverture au fidéicommis. Mais dans la question proposée il reste la seconde condition à échoir, celle qui dépend de la mort de l'héritier ne peut être entendue de la mort civile, les conditions étant de rigueur, il faut qu'elles soient accomplies dans l'intention du testateur; or en parlant de la mort de l'héritier, l'on ne peut penser par la voie même des conjectures que le testateur ait entendu la mort civile; il s'ensuit que la condition qui dépend de la mort de l'héritier n'est accomplie qu'au jour de la mort naturelle, conséquemment que le fidéicommis n'est point ouvert, ni même assuré jusqu'à ce temps, le fidéicommissaire pouvant même mourir avant l'échéance de cette derniere condition, auquel cas la substitution demeure caduque à son égard, *cum posset prius que mori.*

Lapeyrere, lettre S, n. 108, dit qu'en matiere d'ouverture de substitution le condamné aux galeres perpétuelles est réputé mort naturellement. Autre chose pour le banni, la mort naturelle duquel il faut attendre, cependant le fidéicommissaire jouira des biens

substitués. Lapeyrere ne cite point d'Arrêts particuliers du Parlement de Bordeaux, il en fait simplement une décision.

PAU.
M. DE GAUBERT.

Nous estimons que dans les principes du Droit, & pour prévenir les inconvéniens le substitué pouvant prédécéder l'héritier grevé mort civilement, il convient de décider qu'il faut attendre la mort naturelle pour donner ouverture au fidéicommis & que la mort civile ne suffit point, nous croyons aussi que la prohibition d'aliéner n'ajoute rien, & que dans tous les cas il faut attendre la mort naturelle de l'héritier grevé.

ROUSSILLON.

SUIVANT la disposition des anciennes Loix Romaines (*a*), la condamnation à un supplice qui emporte la perte de la liberté, aussi-bien que celle du Droit de cité, telle que la condamnation aux minieres cause la mort civile du condamné & équipolle à la mort naturelle, & par conséquent donne lieu à l'ouverture du fidéicommis dont il avoit été chargé sous la condition *si decesserit sine liberis*; mais la condamnation au supplice, qui en privant le condamné du droit de cité, lui laisse la liberté naturelle, ne donne pas ouverture à un pareil fidéicommis, & il faut attendre la mort naturelle du condamné pour fixer l'événement de la condamnation.

Nos Auteurs en comparant les anciennes peines avec celles qui sont aujourd'hui en usage pour les punitions des crimes, ont cru que la condamnation aux galeres est à la place de la condamnation aux minieres, & le bannissement perpétuel à la place de la déportation; tellement que suivant nos maximes, il faudroit dire que la condamnation aux galeres doit donner lieu à l'ouverture du fidéicommis; mais que la condamnation au bannissement, quoique perpétuel, ne doit pas produire le même effet; & c'est de la sorte que les Cours souveraines ont jugé pendant long-temps. La Constitution de l'Empereur Justinien contenue dans la Novelle 22, chap. 8, a modéré la rigueur de cette ancienne Jurisprudence, en ordonnant qu'à l'avenir les hommes nés libres ne perdroient pas leur liberté naturelle par la condamnation au supplice; c'est ce dernier état de la Jurisprudence Romaine que le Conseil souverain de Roussillon suivroit si un pareil cas se présentoit, & déclareroit que ces sortes de condamnations ne donnent pas ouverture à un fidéicommis tel que celui dont parle cette question.

(*a*) *Leg. intercidit, ff. de condit. & demonst. leg. ex facto, §. si quis rogatus ad §. trebell.*

ROUSSILLON. Le Conseil se trouveroit d'autant plus disposé à suivre cette Jurisprudence, que par le Droit municipal de cette Province, il est porté que dans ce pays la confiscation n'a lieu que dans le cas de crime de lese-majesté ou d'hérésie (*a*). Hors ces deux cas, suivant nos Usages, ceux qui sont condamnés à quelque supplice gardent la possession de leurs biens qu'ils font administrer par leurs Procureurs pendant qu'ils sont absens, & ne peuvent pas paroître dans la Province. Bien plus, nous voyons tous les jours que ceux qui sont condamnés à mort disposent par testament de leurs biens, & le Conseil ne leur refuse jamais la permission de le faire, si ce n'est dans le cas des deux crimes ci-dessus cités.

Le Conseil ne jugeroit pas autrement, quand bien même au fidéicommis en question se trouveroit jointe une prohibition expresse d'aliéner, d'autant que cette prohibition seroit regardée comme sous-entendue dans le fidéicommis, suivant sa nature & comme son principal effet. Signés, *Deponte d'Albaret*, de *Villars*, *Collarés*, *Bonnet* & *Romanya*, *Gispert*, de *Fulla*, *Regnés*, *Després*, *Bonnet* & *Sans*.

TOULOUSE. La mort civile donne ouverture au fidéicommis, soit qu'il y ait prohibition d'aliéner ou non (*b*).

Le banniment perpétuel étant comparé à la déportation, *quæ pro morte naturali non habebatur*, puisqu'on conservoit la liberté, nous avons toujours jugé que cette condamnation ne donne pas ouverture au fidéicommis.

Il n'en est pas de même de la condamnation aux galeres perpétuelles substituées à la condamnation aux mines, pour laquelle les condamnés étoient faits esclaves de peines, & tenus pour naturellement morts.

A l'égard de celle-ci la Jurisprudence a varié, on jugeoit anciennement qu'elle donnoit ouverture au fidéicommis.

Les Arrêts de M. Dolive sont contraires, liv. 5, chap. 8.

Mais ces derniers Arrêts rapportés par M. de Catellan ont rétabli l'ancienne Jurisprudence plus conforme aux principes du Droit.

(*a*) *Lib.* 9, *tit.* 32, *const.* 4.

(*b*) Maynard, liv. 5, chap. 80 & 81. Cambolas, liv. 1, chap. 41. Ferriere sur Guy Pape, quest. 547. Catellan, liv. 2, chap. 76, *ad metalla*. Maynard, Cambolas.

Ainsi on juge constamment que les effets de la mort civile étant les mêmes que ceux de la mort naturelle, la mort civile donne nécessairement ouverture au fidéicommis, soit qu'il y ait prohibition d'aliéner ou non. Signés, le *Président Daspe*, *Comere* de *Labastide*, *Pegueyroles*, *Bastard*, de *Catellan-Lamasquere*, *Azemar*, *Cassan*, *Aymard*, *Caussade*, de *Celés*, *Parasa*, *Daspe* de *Meillan* & *Le Masuyer*, Procureur Général.

TOULOUSE.

Il y a peu de questions qu'il soit plus nécessaire de décider que celle-ci par les différens suffrages des Cours, leurs Jurisprudences différentes, & les variations même de la Jurisprudence dans les mêmes Cours.

PARIS. M. le Procureur Général.

Le premier membre de la question est le plus difficile & le plus important, le second n'en est qu'un accessoire très-léger, & peut-être même très-facile.

La mort civile ne peut être encourue que dans trois cas, celui du bannissement perpétuel, celui des galeres perpétuelles, soit que ces peines aient été prononcées contradictoirement ou par contumace, & celui de la peine de mort, soit qu'elle ait été prononcée par contumace, ou qu'ayant été prononcée contradictoirement, le condamné ait échappé à la Justice par son évasion.

En examinant la question suivant les principes du Droit Romain, comme on a comparé parmi nous la condamnation aux galeres perpétuelles à celle qu'on appelloit *ad metalla* dans le Droit Romain, & celle du bannissement perpétuel à la déportation, il semble qu'il faudroit juger pour l'ouverture du fidéicommis dans le premier cas & non dans le second, parce que la condamnation *ad metalla* privoit de la liberté, au lieu que la déportation n'en privoit pas, & ces principes paroissent autorisés par la Loi 24, au code *de donat. inter vir. & uxor.* & par la Loi *Statius Florus de jure fisci.*

Aussi c'est l'usage actuel du Parlement de Toulouse, & suivant cette Jurisprudence le fidéicommis devroit aussi être certainement ouvert, & même à bien plus forte raison dans le cas de l'évasion du condamné après une condamnation à mort contradictoire. Si au contraire les condamnations aux galeres ou à la mort naturelle étoient par contumace, il semble qu'il faudroit attendre l'événement de cinq années, pendant lesquelles l'ouverture n'auroit pas lieu, & après lesquelles le fidéicommis seroit ouvert.

Il semble même que le Parlement d'Aix, celui de Metz, & le

PARIS.

Conseil d'Alsace, aient été plus loin, en regardant en général la mort civile, de quelque maniere qu'elle ait été prononcée, comme une ouverture au fidéicommis, & le moyen que quelques-uns d'entr'eux alléguent de la volonté présumée du testateur, ne laisse pas d'être de quelque considération.

On voit au contraire, que quoique Lapeyrere ait attesté l'usage de Bordeaux, conforme à celui de Toulouse, les Commissaires de ce Parlement décident expressément, ainsi que ceux du Parlement de Grenoble, de Dijon & de Flandres, que la mort civile ne donne point ouverture au fidéicommis. L'espérance que le condamné peut avoir d'être restitué par les Lettres du Prince, n'est peut-être pas un moyen si fort pour appuyer ce sentiment, que le défaut de la condition commune *si sine liberis* qui est réellement en suspens jusqu'à la mort naturelle, & plus encore de la caducité du fidéicommis par la caducité du fidéicommissaire, qui peut arriver dans l'intervalle de la mort civile à la mort naturelle.

C'est aussi à cette Jurisprudence que le Parlement de Pau est revenu; mais depuis 1702, seulement, la Jurisprudence antérieure étant pour l'ouverture du fidéicommis.

Et quoique le Parlement de Besançon regarde la question comme susceptible de grandes difficultés, il croit que la Loi nouvelle doit se porter à ne point regarder le fidéicommis comme ouvert par la mort civile.

A l'égard du Conseil de Roussillon, comme tout se réduit de dire que la confiscation n'a pas lieu dans son ressort, on ne peut pas en tirer aucune induction pour la question présente.

Il est évident, suivant les Arrêts de 1569 & 1595, que la Jurisprudence du Parlement de Paris étoit alors pour l'ouverture dans le cas des galeres perpétuelles, on n'y voit point de décision fixe pour le cas du bannissement perpétuel; & il semble que la plus grande partie des Auteurs du dernier siecle, ont penché pour décider en ce cas contre l'ouverture du fidéicommis.

Pour se déterminer par rapport à la Loi nouvelle, on ne peut lui donner pour motif que les principes qui concernent en général les effets de la mort civile, ou ceux qui regardent les effets des fidéicommis.

Dans la premiere vue la distinction de la peine *ad metalla*, & de celle de la déportation qu'on a appliqué aux peines des galeres & du bannissement, paroîtroient un fondement assez spécieux pour déclarer le fidéicommis ouvert dans le premier cas à la différence du second.

Cependant

Cependant en comparant rigoureusement l'esprit des Loix Romaines à l'esprit des nôtres, peut-être pourroit-on dire que cette comparaison ne seroit pas entiérement exacte. La distinction n'étoit fondée, dans le Droit Romain, que sur ce que la déportation ne privoit pas de la liberté comme la condamnation *ad metalla*; mais dans le nouveau Droit cette condamnation ne rendoit pas esclave, suivant la Novelle 22, chap. 8, & dans notre usage toute servitude est abolie; si donc l'ouverture du fidéicommis étoit alors fondée sur la servitude, on ne devroit l'autoriser parmi nous en aucun cas.

Nos Loix particulieres sur la mort civile sont bien plus favorables à l'ouverture du fidéicommis, puisque la mort civile équipolle dans tous ses effets à la mort naturelle; que celle même prononcée par contumace est réputée contradictoire après cinq années, suivant l'art. XXIV, du tit. XVII, de l'Ordonnance de 1670; & si tous les effets de la mort naturelle doivent s'appliquer à la mort civile, même dans le cas des galeres ou du bannissement perpétuel, il paroît qu'on devroit décider de même pour la condamnation à la mort naturelle, lorsque l'évasion du condamné auroit empêché l'exécution du Jugement.

On peut ajouter aux premieres réflexions, que rien n'est si favorable parmi nous que l'ouverture d'un fidéicommis dans le cas de la mort civile, dans les Provinces du moins où la confiscation a lieu, puisque c'est faire retourner au fidéicommissaire un bien qui lui est destiné au préjudice du fisc, & qu'il est bisarre que la confiscation fasse jouir le fisc d'un bien chargé de fidéicommis, au préjudice de celui qui a eu en sa faveur la volonté du testateur.

L'espérance de la grace du Prince qui peut survenir ne paroît pas même un motif pour détruire ces premieres vues; il faut pour décider la question s'attacher à ce qui est, & non à ce qui peut être; une pareille espérance, si elle étoit mise en ligne de compte, dérangeroit tous les principes de la mort civile & tous ses effets.

Si les principes qui concernent la mort civile semblent induire à décider pour l'ouverture du fidéicommis, il reste à examiner si les principes des substitutions fidéicommissaires doivent procurer la même décision.

Il est vrai de dire, d'un côté, que parmi nous la mort civile *æquiparatur* à la mort naturelle; & il est vrai de dire d'un autre côté, suivant M. Charles Dumoulin, qu'un statut qui parle de la

PARIS.

mort ne doit s'entendre que de la mort naturelle, ce qu'on peut dire de même d'un acte.

Mais on considere plus la volonté du substituant que les termes de l'acte ou du statut qui doivent servir de regle pour décider de l'événement d'un fidéicommis. Cela supposé, il est presque évident que si le donateur ou le testateur eussent prévu le cas de la mort civile ils auroient préféré le substitué, soit au fisc dans les pays où la confiscation a lieu, soit aux héritiers du grevé dans les Provinces où elle n'a pas lieu; la considération même qu'il n'a pu ni dû prévoir un événement *mali ominis*, semble devoir engager le Législateur à se mettre à la place de celui qui ne pourroit, sans quelque indécence, prévoir un cas pareil pour suppléer à une volonté qui paroît être si évidente.

A tant de motifs qui paroissent si solides pour l'ouverture du fidéicommis, on peut cependant en opposer d'autres pour proroger l'ouverture jusqu'à la mort naturelle; l'un, c'est la condition *si sine liberis*, qui ne peut jamais être accomplie avant la mort naturelle; l'autre, c'est la caducité du fidéicommis qui peut arriver par la mort du fidéicommissaire.

La condition *si sine liberis* est une des clauses les plus ordinaires dans les fidéicommis; cette clause n'en permet pas l'ouverture, à moins que l'événement de la condition ne soit accompli; il ne peut l'être qu'au décès: cette clause paroît donc un obstacle au fidéicommis jusqu'au jour de la mort naturelle de celui qui est grevé de la substitution.

Aux termes rigoureux de l'acte de substitution, on peut y ajouter la volonté premiere du substituant; on pourroit dire même sa volonté expresse, nonseulement par la clause *si sine liberis*, qui suppose la mort naturelle & non la mort civile, mais parce que les enfans sont pour l'ordinaire appellés par cette clause, & que ce seroit aller directement contre l'intention de celui qui a formé la substitution, que de voir, par l'événement d'une mort civile, le fidéicommis passer au substitué au préjudice des enfans que le grevé mort civilement pourroit avoir.

Il est vrai que la clause *si sine liberis*, quoique très-commune, n'étant pas cependant dans toutes les substitutions, ce motif ne pourroit avoir d'application aux substitutions où la clause ne se trouveroit pas, mais le motif de la caducité est commun à toutes les substitutions; il n'y en a point (où y ayant un grevé & un appellé après lui) le cas de la caducité ne puisse se rencontrer par la mort

du premier appellé avant celui qui est chargé de la restitution; or seroit-il juste que le crime & la condamnation du grevé profitât à celui qui est appellé après lui, & lui profitât avant sa mort naturelle ? Le décès de ce premier appellé, avant la mort du grevé, semble devoir faire disparoître son droit. N'est-il pas contraire à l'acte de substitution, que le premier appellé revendique un droit qui nonseulement ne lui est pas accordé dans les termes de la substitution, mais qu'il doit perdre s'il décede avant le grevé. Si on lui fait recueillir par la mort civile les biens substitués & qu'il décede avant la mort naturelle du condamné, il fait tort certainement à d'autres.

Premiérement, s'il étoit seul appellé, il peut faire tort aux enfans de celui qui est mort civilement, parce qu'en ce cas son décès auroit laissé les biens libres dans la personne du condamné, & que le pere ou ses enfans auroient pu obtenir des Lettres du Prince, & c'est alors que cette espérance de grace, toute incertaine qu'elle est, paroît pouvoir être opposée à celui qui n'a pas les termes rigoureux de l'acte en sa faveur.

En second lieu, s'il n'est pas le seul appellé, mais qu'il soit dans le dernier degré, il fait tort à celui qui est appellé après lui, & qui auroit droit de recueillir si celui qui se trouve au degré dans le temps de la mort civile décédoit avant la mort naturelle de ce condamné.

En troisieme lieu, s'il n'est pas dans ce dernier degré, il abroge les degrés de la substitution en remplissant un degré que son décès auroit fait évanouir.

De là on conclut qu'il n'étoit plus question des effets de la mort civile, puisqu'il s'agissoit non de l'intérêt & du droit du condamné, mais des droits de ceux qui sont appellés, & que de pareils préjudices qu'on feroit à des tiers contre l'étendue même de la substitution & contre ses termes, ne sembleroient pas pouvoir donner lieu à décider pour l'ouverture d'un fidéicommis dans le cas de la mort civile.

On peut dire même qu'aux termes rigoureux de l'acte se joint la volonté du substituant; il est vrai que la premiere idée qui vient à l'esprit, c'est que s'il eût prévu la mort civile, il l'eût comparée à la mort naturelle pour ôter au fisc ou aux héritiers même du grevé dans les Provinces où la confiscation n'a pas lieu, des biens dont son intention a été de gratifier celui qui est appellé à la substitution. Mais n'est-il pas vrai aussi de dire que si de cette vue légere & superficielle le substituant fût entré plus avant dans les motifs

PARIS.

de la ſubſtitution qu'il a formé, il n'auroit pas cru devoir donner à la mort civile, un effet que la mort naturelle ſeule devoit avoir ſuivant ſes vues; qu'il n'auroit pas cru devoir attacher au crime du grevé la privation de ſa libéralité à l'égard de ceux qui s'en ſeroient trouvés l'objet après la mort naturelle de ce grevé; qu'il n'auroit pas cru qu'un pareil événement dût abréger l'étendue de la ſubſtitution; qu'enfin l'avantage paſſager que les héritiers du condamné, ou le fiſc dans les Provinces où la confiſcation a lieu, peuvent avoir par le moyen de la mort civile en n'ouvrant point alors le fidéicommis, mais qui doit ceſſer par la mort naturelle, ne lui auroit pas paru comparable au dérangement des perſonnes appellées à celui des degrés & à celui de l'étendue enfin de la ſubſtitution.

En comparant ainſi d'un côté les principes de la mort civile qui ſembleroient devoir donner ouverture au fidéicommis, & les principes du fidéicommis même qui paroiſſent décider pour l'avis contraire, il ſemble qu'on devroit préférer les derniers, puiſque s'il s'agit de fixer les effets de la mort civile, ce n'eſt que par rapport à un acte, effet de la volonté. Les diſpoſitions de l'acte paroiſſent donc bien plus déciſives pour déterminer une queſtion qui, indépendamment des effets que la Loi a donné à la mort civile, doit être réglée par ce que l'acte même a prononcé; & ſi des termes de l'acte on paſſe à la volonté de l'homme, non pas à une volonté peu réfléchie, mais à une volonté mûre & raiſonnable, telle qu'elle frapperoit tout homme qui auroit prévu tous les événemens, il ſemble qu'on doive conclure contre l'ouverture du fidéicommis.

On peut encore ajouter à ces différens motifs une derniere réflexion, c'eſt celle des difficultés qui peuvent naître, ſoit des Lettres du Prince, ſoit de la contumace qui peut s'anéantir dans les cinq années. On ſent aiſément les difficultés & les conteſtations que ces différens cas pourroient élever ſi l'on décidoit pour l'ouverture du fidéicommis, les évictions qu'on pourroit prétendre en faveur du mort civilement de ſes enfans, &c. tout paroît ſimple, uniforme & ſans embarras, en décidant contre l'ouverture du fidéicommis.

Ces raiſons, quelques fortes qu'elles aient paru, ont été fortement combattues par le principe général établi parmi nous, que la mort civile égale & équipolle à la mort naturelle, que la volonté d'un ſubſtituant, quoiqu'il n'exprime que le décès, eſt toujours

de faire jouir de la ſubſtitution celui qui ſe trouve appellé, quand un grevé n'eſt plus en droit ni en état de poſſéder; que c'eſt ſur ce principe qu'on peut dire, à la vérité, qu'en cas de renonciation la ſubſtitution ſe proroge, au lieu qu'en ouvrant le fidéicommis par la mort civile elle peut s'abréger, mais qu'il ne faut jamais avoir égard aux conſéquences quand deux queſtions ſe trouvent décidées par le même principe; que d'ailleurs la ſubſtitution eſt une imitation de la ſucceſſion, que du moins ſi elle ne l'eſt pas à tous égards, parce que dans l'un la Loi fixe la vocation, au lieu que c'eſt la volonté de l'homme qui les détermine dans les ſubſtitutions, dans tout le reſte les principes doivent être les mêmes; que c'eſt une illuſion de ſuppoſer à un ſubſtituant la volonté de laiſſer jouir le fiſc ou les héritiers du condamné qui ne ſont point dans la vocation, au préjudice de celui qui eſt appellé, & de voir même le fiſc propriétaire à perpétuité, ſi le fidéicommis étant au dernier degré, le dernier appellé mouroit avant le condamné; que s'il y a quelque choſe d'évident dans la diſpoſition d'un ſubſtituant, c'eſt une volonté énixe que les ſeuls appellés jouiſſent de la ſubſtitution; que la difficulté des Lettres du Prince n'en peut être une, parce qu'elles ne font jamais tort aux droits d'autrui; que dans le cas enfin de la contumace anéantie, il arrivera ſur la ſubſtitution ce qui arrive par rapport aux biens confiſqués.

Ainſi on s'eſt détermine *magno numero*, à l'ouverture du fidéicommis. On a penſé à pluſieurs queſtions qui peuvent s'élever dans le cas que le condamné auroit des enfans lors de la condamnation ou qu'il en auroit depuis, & de même des cas où il contracteroit mariage depuis ſa condamnation dont il auroit des enfans, mais on n'a pas cru devoir les agiter.

Le ſecond membre de la queſtion devient inutile ſi on décidoit pour l'ouverture du fidéicommis; on a obſervé que ſi on décidoit au contraire contre l'ouverture du fidéicommis, cette prohibition ne pourroit avoir d'objet qu'en cas qu'elle eût été prononcée en faveur de quelqu'un, ſoit que la prohibition d'aliéner fût jointe au fidéicommis, ou qu'elle en formât un par elle-même.

Alors la mort civile mettant les biens hors des mains du condamné, quoique par une voie qui n'eſt pas volontaire, cette tranſlation des biens n'eſt pas moins contraire à l'intérêt de celui qui a formé la prohibition: on ne peut donc douter qu'elle ne doive produire l'ouverture du fidéicommis.

PARIS.

Ainsi s'il étoit question d'un fidéicommis où la confiscation eût lieu, la mort civile procurant l'aliénation, le cas réel & de la prohibition d'aliéner & de la volonté de l'homme se réuniroient pour empêcher la prétention du fisc, & pour donner ouverture au fidéicommis dont le cas est arrivé.

Il est vrai que cette ouverture deviendroit inutile & sans effet dans les Provinces où la confiscation n'a pas lieu, parce qu'alors les héritiers naturels succédant au condamné, y ayant une aliénation, mais non pas hors de la famille, les héritiers succéderoient seulement par anticipation au condamné; & par cette raison l'aliénation hors de la famille n'ayant pas lieu, il n'y auroit pas lieu aussi au fidéicommis qui n'est prononcé que dans le cas de l'aliénation; mais en décidant pour l'ouverture du fidéicommis par la mort civile, cette derniere question est inutile.

Ainsi on a estimé que la mort civile donne ouverture au fidéicommis, soit qu'il y ait prohibition d'aliéner ou non.

DIX-SEPTIEME QUESTION.

Si la profession Religieuse donne ouverture au fidéicommis, & si elle remplit ou fait manquer la condition si non nupserit, *& la condition* si nupserit?

AIX.

NOTRE Jurisprudence est, que la profession Religieuse étant une mort civile donne ouverture au fidéicommis (*a*), & par une conséquence du même principe cette profession remplit la condition *si non nupserit*, & fait manquer la condition *si nupserit*, & nous n'observons pas la disposition du *chap.* 37 *de la Novelle* 123 de Justinien, qui veut que l'entrée dans un Monastere & la profession Religieuse fassent cesser le fidéicommis dont le Religieux étoit chargé, & en attribue les biens au Monastere. Les motifs qui ont porté à abandonner en cela la disposition du Droit Romain sont tirés du Droit public, & fondés sur les Ordonnances de nos Rois (*b*), qui prohibent aux Novices d'instituer pour héritier ou donataire universel aucun Monastere.

(*a*) Boniface, tom. 2 de la premiere édition, liv. 2, tit. 2, chap. 10. Dumoulin sur les Conseils d'Alexandre, liv. 2, conf. 121.

(*b*) Art. XIX de l'Ordonnance d'Orleans, art. XXVIII de celle de Blois.

AIX.
M. LE BRET, premier Président.

LA profession Religieuse donne ouverture au fidéicommis en faisant manquer la condition *si nupserit*, ou remplissant la condition *si non nupserit*, & cela paroît raisonnable.

M. DECORMIS, Avocat.

LA profession Religieuse donne ouverture au fidéicommis, & elle fait manquer la condition, *si non nupserit*, & n'est point équivalente à la condition *si nupserit*, en matiere de fidéicommis, où l'on cherche la réalité des personnes & non la fiction.

BESANÇON.

SUIVANT les usages observés en Franche-Comté, qui sont établis par l'Edit de Philippe II de 1581, les Monasteres prennent les meubles qui échéent à leurs Religieux par succession, & jouissent de l'usufruit des immeubles pendant la vie de ces mêmes Religieux; ensorte que l'on pourroit dire que dans cette Province la profession Religieuse ne donne point ouverture au fidéicommis; mais loin que l'Edit de Philippe II soit une raison pour décider la question proposée dans cet article, on ne le rapporte ici que pour faire connoître qu'il seroit bien à propos de revoquer une Loi si préjudiciable au bien public, & à ce qui s'observe dans le Royaume.

Quoiqu'il en soit, le sentiment des Auteurs qui ont cru que la profession Religieuse donnoit ouverture au fidéicommis, nous paroît devoir être préférée au sentiment de ceux qui ont pensé le contraire; & c'est avec raison, ce semble, que quelques Parlemens, entr'autres celui de Paris, ont changé leur Jurisprudence sur cette matiere. En effet, la profession Religieuse contenant le vœu de pauvreté, elle rend incapable la personne qui l'a faite de posséder aucuns biens; dès là où peut être le doute que la profession Religieuse ne désaisisse l'héritier grevé? Quel abus ne seroit-ce pas d'accorder la jouissance d'un fidéicommis à un Monastere? Et ne seroit-ce pas d'un autre côté contrevenir à l'intention présumée du testateur, que de vouloir accorder cette jouissance aux héritiers *ab intestat* du Religieux, puisque ce n'est que ce Religieux que le testateur a préféré au substitué? Pour ce qui est des conditions rapportées dans l'article, celle *si non nupserit* paroît purifiée par la profession Religieuse; mais celle *si nupserit* ne peut pas l'être, puisqu'une condition ne peut être remplie par un événement qui lui est contraire, & que le testateur est censé n'avoir eu en vue qu'un véritable mariage.

Ainsi les Commissaires estiment que la profession Religieuse donne ouverture au fidéicommis, & ne remplit pas la condition

si nupserit (*a*), mais qu'elle remplit la condition *si non nupserit*.

BESANÇON. On doit pourtant remarquer ici que c'est une question fort difficile, de savoir si la profession Religieuse emporte ouverture du fidéicommis, que de très-savans Auteurs, tel que M. le Président *Faure ad tit. de Sacros. Eccles. défin.* & *Ricard des substit.* sont d'avis contraire, & qu'il y en a même un Arrêt formel du 7 Septembre 1720, rapporté en forme par Auzanet en ses Arrêts, liv. 3, chap. 28. Fait & arrêté le 29 Août 1730. Signés, *Boisot*, *Espiard*, *Tinsean*, *Dorol*, & *Boquet* de *Courbouson*.

BORDEAUX. Nous ne regardons pas la profession Religieuse de même œil que la mort civile encourue par la condamnation; & comme l'espérance qu'on peut avoir du retour du condamné nous a fait décider que la mort civile ne donnoit pas ouverture au fidéicommis, l'irrévocabilité de la profession Religieuse, l'impossibilité de la voir au néant, nous a déterminé à penser que le fidéicommis est ouvert par l'entrée en religion; c'est le sentiment universel de ce ressort, conforme à ce qui a été jugé par les derniers Arrêts du Parlement de Paris.

Quant au second membre de la question proposée, on répond que quoique en bien de points le mariage spirituel soit comparé au mariage charnel, néanmoins le motif ordinaire des fidéicommis étant de perpétuer les biens dans les familles, & de donner au substitué les moyens de se soutenir honorablement dans le monde, on ne peut regarder en général la condition *si nupserit* comme accomplie par l'entrée en religion, en quoi nous n'observons point l'authentique *nisi rogati cod. ad trebell.* Cependant comme le testateur n'a souvent d'autre vue que de procurer l'établissement de la personne à laquelle il fait quelque avantage sous la condition *si nupserit*, il n'y a pas de difficulté que le legs ou fidéicommis ne doive avoir pour lors son exécution jusqu'à la concurrence de ce qui peut être nécessaire pour une aumône dotale, & qui suivant nos mœurs n'est pas incompatible avec l'état d'un Religieux profès. Par rapport à la condition *si non nupserit*, il est constant qu'elle est accomplie par la profession Religieuse. Signés, *Gillet* de *Lacase*, *Le Berton*, *d'Albessard*, *Bigot*, *Jegun*, *Le Moncreau*, *Loyal*, *Dudon*, *Du Viguier* & de *La Tresne*.

(*a*) Ricard des dispositions conditionnelles, quoique quelques Auteurs Ultramontains soient contraires.

PAR le Droit Ecrit les Religieux profès ne sont pas incapables de successions, *leg.* 56, §. 1, *de Episcop. & Cleric.* à moins qu'on n'emploie contre eux un principe du Droit Romain qui n'est que pour la servitude. COLMAR.

Mais quoiqu'il en soit, nous adoptons volontiers & regardons comme plus sage l'usage de France, qui répute morts civilement les Religieux profès mendians ou autres, & nous avons adopté déja cette Jurisprudence par quelques-uns de nos Arrêts.

Nous croyons donc que la profession Religieuse doit donner ouverture au fidéicommis, remplir la condition *si non nupserit*, & faire manquer la condition *si nupserit*, quelque dispense que le profès pût obtenir de ses vœux par la suite. Signés, de *Corbeson*, *Holdt*, *Muller* & *Mulle*.

IL a été délibéré unanimement qu'il seroit répondu que la profession Religieuse ne donne pas ouverture au fidéicommis, qu'elle remplit la condition *si non nupserit*, & fait manquer la condition *si nupserit*. DIJON.

Les raisons de cette résolution sont,

1°. La Jurisprudence de ce Parlement, qui dans tout temps a rendu plusieurs Arrêts conformes à cette résolution.

2°. Après avoir délibéré sur la seizieme question que la mort civile ne donne pas ouverture au fidéicommis, il semble qu'on doit juger de même sur cette dix-septieme proposition; car pourquoi voudroit-on qu'une privation libre & volontaire des effets civils, que l'on peut dire louable & honorable, produisît des effets plus marqués & plus fâcheux qu'une mort honteuse & infamante qui est la punition du crime?

3°. Quelques-unes des raisons qui ont déterminé sur la seizieme proposition servent à la résolution sur la dix-septieme, celle de la Loi *Statius Florus* 48, *ff. de jure fisci*, §. *Cornelio Felici*, qu'il faut attendre la mort naturelle pour l'ouverture du fidéicommis, parce qu'il peut devenir caduc par le prédécès du substitué.

Le sentiment des Jurisconsultes, & singuliérement de Dumoulin, qui sont d'avis *verbum mortis simpliciter prolatum intelligendum esse de naturali nec extendi ad civilem.*

Et les Commissaires du Parlement n'ont pas été touchés des raisons de différence alléguées par *M. Dolive*, *liv.* 5, *chap.* 8, ils l'ont été davantage de ce qui est cité par Mornac sur la Loi derniere au code *de his qui veniam ætatis impetraverint*, & de ce

DIJON. qu'a dit M. *Ricard des dispositions conditionnelles*, *traité* 2, *chap.* 5, *sect.* 4, *n.* 359. Signés, de *La Marre*, *Bouhier*, *Lantin*, *David*, *Thiery*, *Normand* & *Genreau*.

FLANDRES. Nous croyons que la profession Religieuse ne donne point ouverture au fidéicommis, par la raison que nous avons dite à l'égard des autres especes de mort civile, savoir que les conditions ne peuvent pas être remplies par équipollence, & que le fidéicommissaire peut mourir avant la mort naturelle du Religieux profès qui n'est chargé de restituer qu'au temps de la mort.

Il reste néanmoins, de cette décision, un inconvénient considérable qui devient sensible par un exemple.

Trois ou quatre freres sont appellés successivement au fidéicommis d'une grande terre, qui, suivant l'intention du testateur, doit servir à maintenir le lustre de sa famille. L'ainé des freres se fait Religieux, après avoir recueilli cette terre, la profession Religieuse ne donnant point ouverture au fidéicommis, il faudra attendre sa mort naturelle, pour savoir auquel de ses freres la terre appartiendra. Pendant cette incertitude qui peut durer très-long-temps, ils seront tous hors d'état de s'établir aussi avantageusement que celui d'entre eux (qui se trouvoit le plus âgé au temps de la profession de l'ainé) auroit pu faire si dès-lors le fidéicommis avoit été ouvert en sa faveur.

Pour remédier à de pareils inconvéniens, qui sont contraires à la fin principale des substitutions, qui est la conservation du lustre dans les familles, il seroit peut-être à propos, s'agissant de faire une Loi, d'adopter le sentiment de ceux qui croient que la profession Religieuse donne ouverture au fidéicommis, quoique ce sentiment soit conforme aux vrais principes.

La profession Religieuse remplit la condition *si non nupserit*, parce que dès l'instant de la profession, il est certain que le Religieux ne se mariera pas; ainsi l'intention du testateur qui l'a chargé de restituer le fidéicommis en cas qu'il ne se mariât point, doit avoir son exécution dès ce moment là.

Nous croyons aussi que la profession Religieuse fait manquer la condition *si nupserit*. La Novelle 123, chap. 37, sur laquelle on fonde le sentiment contraire est regardée comme abrogée dans ce pays-ci, rien n'étant plus contraire à l'intention du testateur qui appelle quelqu'un en cas qu'il se marie, que la profession Religieuse qui le met hors d'état de se marier. Signés, *Pollinchon*, *Pinault*

de *Banneaux*, *Douche* de *Beaulieu*, *Visant* de *Ponange*, de *Burges*, *Bissèhop*, *Curpin*, de *Calonne*, *J. Vaymel*, *Duparq* & *Verminen*. FLANDRES.

LA profession Religieuse donne ouverture au fidéicommis, suivant les Docteurs rapportés par *Peregrinus*, *art.* 28, *n.* 63, & c'est la différence que les Arrêts ont fait entre la mort civile causée par des Jugemens & celle qui provient de l'entrée en Religion, comme le remarquent M. Dolive & l'Auteur du Journal des Audiences dans ces endroits, & sur la question précédente. GRENOBLE.

La raison en est, que cette mort civile étant absolue & irrévocable, elle produit le même effet que la mort naturelle ; d'où il suit qu'elle remplit la condition *si non nupserit*, & qu'elle fait manquer celle *si nupserit*, le *chap. sedet hoc* 37, *Novell. de sanct. Episcop.* 123 n'étant point suivi en France. Signés, de *Grammont*, *Lacroix* de *Sayne*, de *Layssin*, *Morel*, *Montrivier* & *Vidault*, Procureur Général.

LA profession Religieuse donne ouverture au fidéicommis, & remplit ou fait manquer la condition *si non nupserit*, & la condition *si nupserit*. Signés, de *Montholon*, *J. Pierre* de *Lange*, *Bertrand*, *Muzac*, *Le Goulon*, de *Champel*, *Bonneau* & *Lançon*. METZ.

IL est constant dans ce Parlement que la profession Religieuse donne ouverture au fidéicommis, & qu'elle remplit la condition *si non nupserit*, & fait manquer la condition *si nupserit*. PAU.

Nous croyons qu'il en doit être de même de la Loi nouvelle, parce qu'un Religieux profès est censé mort, ayant renoncé au monde & à ses biens, ensorte qu'il n'y peut être rétabli si la profession est valable. Cette renonciation tacite & volontaire semble équivaloir à la restitution du fidéicommis. Signés, de *Gaubert*, *Caseau*, *Mignon*, *Deodat*, *Desclaux*, *Mesplés*, *Bordenave*, *Dejean*, *Lesan*, *Bonnecase*, *Casenave* & de *Caseaux*.

LE Parlement de Toulouse a constamment jugé que la profession Religieuse donne ouverture à la substitution. *M. Maynard*, *liv.* 7, *chap.* 18. *M. Cambolas*, *liv.* 4, *chap.* 36. *M. Dolive*, *liv.* 5, *chap.* 8, dit que la mort civile ne donne point ouverture au fidéicommis, *quia deportatus in civitatem restitui potest*. Les condamnés aux galeres perpétuelles ne sont point privés de cette espérance de restitution, les graces des Princes étant toujours ouvertes par M. DE GAUBERT, premier Président.

PAU.
M. DE GAUBERT.

l'inclination naturelle qu'ils ont à la clémence en pardonnant. Mais pour les personnes qui ont fait la profession Religieuse, on les compare pour le même effet à ceux qui sont morts volontairement. Les Religieux faisant leurs vœux, renoncent volontairement aux biens, laquelle renonciation est une restitution du fidéicommis ; d'ailleurs si l'on regarde les condamnés aux galeres perpétuelles & autres qui sont morts civilement, comme pouvant être restitués par le Prince & rétablis au premier état, ce motif ne peut être appliqué aux Religieux, la raison civile & naturelle désavouant la pensée d'un changement d'état déshonorant que la piété & les bonnes mœurs détestent. *Nec enim fas est hujusmodi casus expectare, leg. si in emptione* 34, §. *liberum, ff. de contrah. empt.*

Même Jurisprudence au Parlement d'Aix. *Boniface* rapporte un Arrêt de 1640, *tom.* 2, *liv.* 2, *tit.* 2, *chap.* 10. Au Parlement de Dijon la profession de la vie Religieuse ne fait point d'ouverture au fidéicommis : il faut attendre la mort naturelle de l'héritier grevé. Au Parlement de Bordeaux le cloître ne tient point lieu d'enfans pour rendre la substitution caduque. *Lapeyrere, lettre S, n.* 103.

La Jurisprudence du Parlement de Paris a varié, les anciens Arrêts jugeoient que la profession en religion ne donnoit point d'ouverture au fidéicommis : les derniers Arrêts ont fixé la Jurisprudence, & jugé que la profession Religieuse donne ouverture à la substitution. Par l'Arrêt du 31 Janvier 1660, & par un autre Arrêt rendu en Audience de Grand'Chambre du 25 Mai 1660, rapporté au 2 tom. du Journal des Audiences, liv. 3, chap. 22, il fut ordonné que ce dernier Arrêt seroit publié.

M. de Lamoignon dans ses arrêtés, titre des fidéicommis, arrêté 43. »Le Religieux chargé de fidéicommis fait ouverture au degré »suivant du jour de sa profession, & celui qui a porté l'habit de »Religieux profès pendant cinq ans, fait ouverture du jour des »cinq ans expirés, & en tous les autres cas la mort civile n'avance »point l'ordre & le droit du fidéicommis.

Marie Ricard soutient opiniâtrement l'ancienne Jurisprudence du Parlement de Paris, traité 2 des dispositions conditionnelles, sect. 4, depuis le n. 355, soutenant que la profession Religieuse n'équipolle pas plus à la mort naturelle que les autres especes de mort civile, & soutient par de fortes raisons & réflexions pressantes, que la profession Religieuse ne donne point d'ouverture au fidéicommis. Voyez *M. Bretonnier sur Henrys, tom.* 2,

liv. 4, *quest.* 36, qui rassemble avec un grand ordre & une précision la plus exacte les Arrêtistes, & souvent les plus solides réflexions des Docteurs.

PAU.

Nous croyons que, quoique la décision ne soit pas facile par les solides raisons des deux partis, la profession Religieuse donne ouverture au fidéicommis, & qu'elle remplit ou fait manquer la condition *si non nupserit*, & la condition *si nupserit.*

ROUSSILLON.

SUIVANT la disposition de la *Novelle* 123 *de Sanct. Episcop. au chap.* 37, les conditions *si non nupserit*, *si nupserit*, & *si sine liberis*, sont rendues égales, & on y satisfait suffisamment par la profession Religieuse, en telle sorte que celui à qui il a été fait quelques legs, ou qui a été institué sous la condition *si nupserit*, ou, *si liberos habuerit*, quoiqu'il ne se marie pas, ou qu'il ne mette pas des enfans au monde, s'il fait profession dans quelque Ordre Religieux le legs ne lui est pas moins dû, & il n'en acquiert pas moins l'hérédité qui lui a été déférée : que si le legs lui a été fait, ou s'il a été institué purement, & qu'il ait été chargé de quelque substitution sous la condition s'il ne se marie point ou s'il n'a pas des enfans, si un tel légataire ou héritier ne contracte pas mariage civil & temporel, & s'il n'a aucun enfant, pourvu qu'il entre en quelque Ordre Religieux & fasse en icelui profession, le substitué n'a rien à espérer, la condition est regardée comme nulle & censée comme si elle avoit manqué, le legs ou l'hérédité demeure sur la tête du Religieux qui la fait passer au Monastere, lequel l'acquiert *per Monachum.*

C'est sans doute l'augmentation des biens temporels des Monasteres qui a excité la piété des Princes Chrétiens, & les a portés à faire des dispositions si favorables aux maisons Religieuses.

Cette Constitution Impériale a été autrefois suivie dans le Royaume ; mais comme aujourd'hui les Monasteres & les Eglises ne succédent plus aux Religieux & aux Ecclésiastiques, suivant les Maximes du Royaume & les Ordonnances données sur ce sujet, on ne sauroit suivre la disposition de cette Novelle dont le motif ne subsiste plus.

On trouve cependant des Arrêts du Parlement de Toulouse qui décident conformément à cette Novelle, & ce sous prétexte que cette Compagnie suit le Droit Romain, nonseulement à cause de sa véritable conformité avec la bonne Jurisprudence, mais encore par une espece de nécessité, les peuples de Province ayant choisi le Droit Romain pour lui servir de regle.

ROUSSILLON.

En Roussillon ceux qui rendent la Justice sont obligés, par la disposition des Loix du pays, à suivre dans leurs Jugemens, 1°. La Loi municipale pour les cas où il y en a quelqu'une. 2°. Au défaut de Loi municipale on suit le Droit canonique. 3°. Finalement au défaut de Loi municipale & canonique on suit le Droit Romain; ainsi comme en Roussillon, pour la décision de la question proposée, il ne s'y trouve pas de Loi municipale, & qu'il ne s'y trouve pas non plus de Constitution canonique, il est sans difficulté que le cas doit y être réglé par la disposition du Droit Romain, & qu'à cet égard on doit s'y conformer à ladite Novelle 123, & ce avec d'autant plus de raison, que les usages généraux du Royaume n'ont jamais été suivis ni presque connus dans cette Province, & les Ordonnances qui excluent les Monasteres de la succession des Religieux n'y ont jamais été enrégistrées ni envoyées, & on a vu (ce nonobstant) dans la Province, plusieurs Monasteres capables de succéder, qui ont acquis, par le moyen de leurs Religieux, des biens considérables dont ils ont joui paisiblement & sans trouble. Cependant les Auteurs qui ont écrit sur les Coutumes, Usages & Jurisprudence de la Province du Roussillon, nous enseignent que dans le cas de l'espece présente il faut en user avec beaucoup d'attention, & examiner très-soigneusement la disposition dont il s'agit, & considérer l'intention qu'a pu avoir celui qui l'a faite, & voir s'il s'y trouve quelque conjecture qui fasse connoître que celui qui a disposé en mettant les conditions *si nupserit*, *si non nupserit*, ou *si sine liberis*, n'a entendu que le mariage civil & non le spirituel, & qu'il n'a voulu parler que des enfans naturels. Nos Auteurs rapportent plusieurs de ces présomptions qui font cesser la disposition de la Novelle, & font qu'on n'entend les conditions susdites que du mariage civil & des enfans naturels seulement.

Dans le cas de ces présomptions le Religieux profès demeure exclus de la succession, laquelle par conséquent ne peut pas passer au Monastere; de-là il s'ensuit qu'en Roussillon il est très-difficile & fort rare qu'il arrive des contestations au sujet de la matiere contenue dans cette question, parce que les Notaires qui dressent ces sortes de dispositions, lorsqu'ils y mettent ces conditions, *si nupserit*, *si non nupserit*, ou *si sine liberis*, y ajoutent toujours des termes qui levent le doute, & font connoître de quelle espece de mariage le disposant a entendu parler lors de la condition *si nupserit*, ou *si non nupserit*; ils s'expriment en ces termes, s'il contracte ou ne contracte pas mariage charnel, & lorsqu'ils mettent la con-

dition *si sine liberis* ; ils ajoutent d'ordinaire, s'il vient à décéder sans enfans nés de lui, ou procréés de son corps, ou des enfans, au moyen desquels la famille soit conservée, dans lesquelles circonstances on ne peut jamais présumer que celui qui a disposé ait pensé au mariage spirituel ; ainsi dans ce cas on ne décide pas suivant la disposition de la Novelle 123, & il n'y a que le cas où la disposition ne contient aucune des expressions susdites, & se trouve dénuée de toutes les susdites conjectures & présomptions qu'il peut y avoir quelque difficulté qui fasse naître une contestation, laquelle le Conseil souverain ne sauroit se dispenser de régler, suivant le Droit Romain, & suivre dans ces cas, qui sont fort rares, ce qui est disposé par la susdite Novelle. Signés, *Deponte*, *d'Albaret*, *Dupont*, de *Villars*, *Collarés*, *Bonnet* de *Romanya*, *Gispert* de *Fulla*, *Regnés*, *Desprès*, *Bonnet* & *Sans*.

ROUSSILLON.

La profession Religieuse de celui qui est chargé de rendre après sa mort donne ouverture au fidéicommis (*a*), parce qu'elle le dépouille de tous les biens qu'il possédoit, & le rend incapable d'en acquérir. On présume d'ailleurs que si le testateur avoit prévu que son héritier prendroit le parti de la religion, il l'auroit chargé de rendre son hérédité en ce cas, tout comme en cas de mort naturelle, dont les effets, quant aux biens, sont les mêmes que ceux de la profession Religieuse.

TOULOUSE.

Il n'est pas moins certain que la profession Religieuse remplit la condition *si non nupserit*, & la condition *si nupserit*, & que dans l'un & l'autre cas elle donne ouverture au fidéicommis. Le testateur en imposant ces conditions n'a pas eu en vue le mariage spirituel que le Religieux profès contracte avec l'Eglise, & qui les remplit irrévocablement ; en un mot, la condition *si non nupserit*, & la condition *si nupserit*, sont des conditions permises & honnêtes, il faut donc les accomplir en la maniere & dans le sens qu'elles renferment, si l'on veut profiter des avantages qui y sont attachés.

La Novelle 123, chap. 37, décide néanmoins que dans le cas de la profession Religieuse la condition *si nupserit* est regardée comme nulle & de nul effet, & que le Monastere, héritier du Religieux profès, recueille les biens qui lui ont été donnés à cette condition, à moins que la substitution n'ait pour objet la nourriture des pauvres & la rédemption des captifs. Le motif de cette Novelle

(*a*) Dolive, liv. 5, chap. 8.

TOULOUSE.

eſt pris de la faveur des Monaſteres qui ſuccédoient aux Religieux profès, ſuivant l'authentique *Ingreſſi*, *cod. de Sacroſ. Eccleſ.*

Ce motif n'eſt d'aucune conſidération pour nous, parce que l'authentique *Ingreſſi* eſt abrogée par la Police générale du Royaume ; ainſi les principes que nous avons établis ſubſiſtent dans toute leur force.

Nous croyons donc que ſuivant la Juriſprudence conſtante de notre Parlement, on doit juger que la profeſſion Religieuſe donne ouverture au fidéicommis, & qu'elle remplit la condition *ſi non nupſerit* & la condition *ſi nupſerit.*

Cependant s'il s'agit d'un legs peu conſidérable laiſſé ſous la condition *ſi nupſerit* (*a*), il eſt dû, ſoit que le légataire ſe marie, ſoit qu'il prenne le parti de la religion.

Cette exception confirme la regle que nous venons d'établir; on préſume que le teſtateur auroit fait ce legs tel qu'on le ſuppoſe, quand même il auroit prévu que ſon légataire entreroit dans un Monaſtere, & on l'autoriſe le plus ſouvent pour faciliter à ceux qui veulent ſe conſacrer à Dieu les moyens d'y parvenir. Signés, le *Préſident Daſpe*, *Comere* de *Labaſtide*, *Pegueyroles*, *Baſtard*, de *Catellan-Lamaſquere*, *Azemar*, *Caſſand*, *Aymar*, *Cauſſade*, de *Celés*, *Paraſa*, *Daſpe* de *Meillan*, & *Le Maſuyer*, Procureur Général.

PARIS.
M. le Procureur Général.

Le premier membre de cette queſtion qui regarde auſſi une mort civile, ſembleroit d'abord devoir être décidé comme la précédente, cependant les Cours ſe ſont preſque réunies à décider que la profeſſion Religieuſe donne ouverture au fidéicommis. Le Conſeil de Rouſſillon ſemble décider le contraire ; mais par un principe connu dans le Royaume depuis pluſieurs ſiecles, c'eſt l'ancien uſage, par lequel les Monaſteres ſuccédent aux biens de celui qui fait profeſſion Religieuſe. Il n'y a que le ſeul Parlement de Dijon qui ſoit entiérement pour décider que la profeſſion Religieuſe ne donne point ouverture au fidéicommis.

L'eſpérance, à la vérité, qui peut reſter aux Religieux d'être reſtitués contre leurs vœux par la réclamation, ne ſeroit pas ſi importante que celle de la queſtion précédente de la condamnation par contumace, dans laquelle la mort civile peut être anéantie par la repréſentation de l'accuſé. En effet, les réclamations

(*a*) Maynard, liv. 11, chap. dernier.

réuſſiſſent

réussissent peu, celles qui réussissent sont fondées sur la nullité des vœux, & il n'est pas alors douteux qu'en rentrant au siecle le Jugement n'ait un effet rétroactif, qui faisant rentrer le réclamant dans tous ses droits, fait connoître en même temps qu'en décidant pour l'ouverture du fidéicommis dans le cas de la profession, on ne porteroit aucun préjudice à celui qui se trouveroit restitué.

On peut encore écarter par la même raison le motif de la condition *si sine liberis*, qui peut être un grand obstacle dans la mort civile encourue par un Jugement, mais qui ne peut jamais avoir d'application à la profession Religieuse, qui rend cette condition accomplie & irrévocable.

Mais le motif de la caducité du fidéicommis, qui peut arriver dans l'intervalle de la profession & de la mort naturelle, subsiste dans ce cas, de même que dans celui de la mort civile prononcée par un Jugement; & comme le Législateur ne doit avoir en vue, en décidant les questions de substitution & de tout autre acte de la volonté de l'homme, que de suivre sa volonté, & que sous l'expression de la mort, suivant Me. Charles Dumoulin, on n'entend jamais que la mort naturelle, il semble, qu'à s'en tenir à la rigueur des termes, & à ce qui paroît être la volonté de celui qui a fait la substitution, on doive décider dans ce cas que la mort naturelle seule donne ouverture au fidéicommis.

On peut fortifier ce sentiment par cette considération, que si la Loi prononce contre l'ouverture du fidéicommis, les substituans étant avertis, s'ils veulent que la profession Religieuse donne ouverture au fidéicommis, ils auront soin d'en faire mention dans la substitution.

Le sentiment de Ricard, qui s'éleve si fort contre la derniere Jurisprudence du Parlement, n'est pas encore à négliger; peut-être que la raison qu'il en tire, de ce que la privation des biens est la peine du Jugement qui condamne un homme pour un crime, au lieu que l'émission des vœux est une action louable. Peut-être que cette raison ne seroit pas convaincante, parce que la question de l'ouverture du fidéicommis se doit décider par la vue de ceux qui sont appellés au fidéicommis, & par celle de l'ordre public, & non par la vue de celui qui encourt la mort civile.

Mais on peut regarder comme un motif très-important celui que Ricard allegue de la faveur des héritiers *ab intestat*, qui profiteroient des biens substitués dans l'intervalle de la profession Religieuse & de la mort naturelle, & qui pourroient en profiter

PARIS.

irrévocablement par la caducité du fidéicommis, & le partage du sentiment de presque tous les Auteurs, semble encore porter à pancher la balance en faveur de celui qui est plus favorable aux héritiers *ab intestat*.

Il faut convenir, d'un autre côté, qu'on trouve aussi pour l'ouverture du fidéicommis des raisons très-solides; celle de la mort civile plus essentiellement irrévocable par la profession Religieuse que par la condamnation; celle de la volonté du substituant qui auroit égalé dans son testament (si c'eût été son intention) la profession Religieuse à la mort naturelle; celle enfin du Parlement de Flandres qui paroît bien importante.

En effet, par la profession Religieuse il se peut trouver dans les familles plusieurs personnes appellées à la substitution, incertaines de leur état jusqu'à la mort naturelle, dont l'établissement par conséquent seroit très-difficile, si l'on ne décidoit pas pour l'ouverture du fidéicommis; & quoique ce même inconvénient puisse se rencontrer dans la mort civile encourue par le condamné, il paroît bien moindre, soit parce qu'il y a bien moins de condamnés à mort civile que des Religieux grevés de substitution, soit parce que l'âge de la profession Religieuse, fixé à seize ans, peut rendre l'état des substitués incertain pendant un bien plus grand nombre d'années. C'est ainsi que cela a été décidé dans l'art. XLIV des arrêtés de M. le Président de Lamoignon, & ces célebres conférences, où tout a été agité & discuté avec tant de maturité, semblent former un préjugé bien considérable pour la décision de cette question.

Il est vrai, cependant, que comme les deux principales, & pour ainsi dire, les deux seules vues qui semblent devoir être l'objet de la législation, c'est l'ordre public en matiere de dispositions de l'homme, la rigueur des termes, & la présomption de la volonté; on pourroit dire, contre l'ouverture des fidéicommis, que les termes de décès s'entendent naturellement de la mort naturelle que le substituant a pu prévoir la profession, que s'il ne l'a pas employé, c'est une marque que sa volonté s'est bornée à la mort naturelle; qu'enfin si la Loi est commune, tout substituant saura qu'il doit prévoir le cas de la profession Religieuse, si son intention est qu'elle donne ouverture au fidéicommis.

On peut dire même que si l'on envisage les vues publiques, la Loi la plus simple, la plus uniforme, la moins sujette à inconvénient & à retour, c'est celle qui ne donnera ouverture au fidéicommis que par la mort naturelle. Par là on rendra égales les

décisions de toutes les questions du préciput, du douaire, de toutes les conditions, de survie, &c. & celle des fidéicommis; on évitera les retours & les procès en cas de réclamation de vœux. Que si cette décision peut être nuisible à quelques fidéicommissaires qui peuvent mourir dans l'intervalle de la profession à la mort naturelle, elle sera favorable aux héritiers *ab intestat*, dans le cas que la substitution eût fini dans la personne de ce fidéicommissaire : dans le cas au contraire où il reste encore des degrés, elle sera favorable à l'étendue de la substitution, en faisant tomber le degré du fidéicommissaire qui décéderoit. Cette décision éviteroit enfin un cas de fraude allégué par un des rédacteurs, qui, quoique rare, n'est pas impossible; c'est celui d'un débiteur, qui voulant faire passer son bien au substitué (souvent son enfant) sans charge de dettes, se jetteroit dans le Cloître, au préjudice des créanciers qui auroient eu droit de saisir, du moins l'usufruit, pendant la vie de leur débiteur; ce qui entraîneroit, comme on l'a dit, plus fortement à cet avis, ce seroit la liberté qu'aura toujours le substituant de prévoir la profession Religieuse aussi-bien que la mort, prévoyance qui n'est point extraordinaire, puisqu'on voit plusieurs substitutions qui font mention de la promotion même aux Ordres sacrés.

Après avoir discuté toutes ces raisons, on est convenu qu'elles devoient céder, nonseulement aux raisons contraires qui ont été expliquées sur la précédente question, & plus encore à la décision de la question sur la mort civile par condamnation, qu'on a cru devoir être entiérement la même pour la profession Religieuse de quelque maniere qu'elle soit décidée.

On a passé au second membre de la question qui ne peut former une question incertaine. Peut-il y avoir de doute que la profession Religieuse ne remplisse la condition *si non nupserit*, puisque par l'émission des vœux le mariage ne peut plus avoir lieu? C'est aussi le sentiment de toutes les Cours.

Il en est de même de celle *si nupserit*, qui manque par la même raison, & c'est aussi le sentiment unanime.

On ne croit pas même qu'en cela on doive avoir égard (comme le pensent quelques Cours) à la modicité de la disposition. Ce seroit aller contre les principes de l'ordre public, des Canons & des Ordonnances, d'autoriser par une Loi une dot pour entrer en religion.

On n'a pu s'empêcher de faire des vœux, pour que par une

PARIS.

Loi expresse on pût exclure les Monasteres de succéder aux Religieux, comme cela est encore en usage dans le Roussillon; comme cela s'observe en Franche-Comté pour les meubles & pour les usufruits des immeubles. Le Parlement de Besançon le desire, & l'on doit présumer que le Conseil de Roussillon ne s'en éloigneroit pas.

Ainsi on a estimé que la profession Religieuse donne ouverture au fidéicommis, qu'elle remplit ou fait manquer la condition *si non nupserit*, & la condition *si nupserit*.

DIX-HUITIEME QUESTION.

Si la condition si sine liberis *est remplie quand il y a des enfans existans, mais incapables?*

AIX. M. LE BRET, premier Président.

LA condition *si sine liberis* ne sauroit être remplie, lorsque les enfans existans sont incapables de recueillir; car quoique suivant la disposition du §. 13, de la *Loi* 4, *ff. de legatis fideicommissis* 1°. (*a*) la seule existence des enfans, bien qu'ils ne soient pas héritiers de leur pere, remplit la condition & fait cesser le fidéicommis; cependant on croiroit que la disposition de cette Loi ne doit être appliquée que dans le cas auquel les enfans sont véritablement capables de recueillir la succession de leur pere, de laquelle ils ont été cependant privés; car dès qu'ils sont réellement incapables, ils doivent être considérés comme tirés de la société, & ne faisant plus nombre & comparés à ceux qui n'existent plus.

L'on distingue sur les incapacités, & l'on tient que si les enfans de l'institué auquel le testateur auroit substitué avec la condition *si sine liberis*, étoient incapables pour avoir fait leur profession Religieuse, ou pour avoir été condamnés à mort depuis cinq ans, la condition seroit remplie; mais si les enfans de l'héritier n'étoient incapables que pour avoir été exhérédés ou pour être insensés, l'on tient que la condition ne seroit pas remplie; mais ce sont les

(*a*) *Cum quis rogatus si sine liberis decesserit per fideicommissum restituere, conditio defecisse videbitur si patri supervixerint liberi, nec quæritur an heredes extiterint.* Voyez Cambolas, liv. 5, chap. 24. Brodeau & Louet, lett. S, som. 15.

distinctions de cette espece qui donnent lieu aux Praticiens de tout soutenir & qui multiplient les procès ; ainsi l'on estime que la seule existence des enfans capables ou incapables devroit faire manquer la condition & anéantir la disposition fidéicommissaire qui n'a rien de favorable.

AIX.

LA condition *si sine liberis* est remplie pour exclure le substitué quand il y a des enfans existans, mais incapables ; elle n'est point accomplie pour les faire recueillir hormis qu'ils ne fussent réputés morts par condamnation à mort civile, auquel cas il en est comme si on étoit mort sans enfans.

M. DECORMIS, Avocat.

L'EXISTENCE des enfans incapables ne rend point le fidéicommis caduc, & ne remplit point la condition *si sine liberis*, on les regarde comme s'ils n'existoient pas, c'est une maxime constante au Parlement de Bordeaux. Signés, *Gillet* de *Lacase*, *Le Berton*, *d'Albessard*, *Bigot*, *Jegun*, *Le Moncreau*, *Loyal*, *Dudon*, *Du Viguier* & de *La Tresne*.

BORDEAUX.

LES Auteurs qui ont cru que la condition *si sine liberis* n'étoit pas remplie quand les enfans qui existoient étoient incapables, se sont persuadés qu'ils suivoient l'intention présumée du testateur, qui a été que si son héritier avoit des enfans, il pût les gratifier des biens dans lesquels il l'avoit institué, ce qui semble supposer que ces enfans soient en état de les posséder ; or comme des enfans incapables ne peuvent pas profiter des biens compris dans le testament où la substitution est faite, il n'est pas juste qu'ils empêchent le substitué de les recueillir, puisqu'il est évident qu'après l'héritier il a été le plus chéri du testateur. Il paroît que c'est l'opinion de *Barthole sur la Loi filius famil. de legat.* 1°. où il distingue les cas dans lesquels les enfans sont exhérédés ou refusent d'accepter, de ceux où l'incapacité se trouve absolue & prononcée par la Loi, soutenant à l'égard de ces derniers que c'est la même chose par rapport au droit de succéder que s'il n'y avoit pas eu d'enfans.

BESANÇON.

Néanmoins après avoir examiné la question à fond, il ne paroît pas que l'on puisse se refuser aux raisons solides que *Ricard* rapporte en son traité des dispositions conditionnelles, *chap.* 5, *sect.* 5, *n.* 543, *pag.* 223 *&* 224 *& suiv. jusques à* 250 *inclus*, où il prouve parfaitement, que quoique les enfans mis dans la condition soient

BESANÇON.

morts civilement, ils ne laissent pas de la faire manquer, & qu'il suffit pour cet effet qu'ils soient au monde dans le temps de la mort de leur pere, sans qu'il soit besoin qu'ils soient ou puissent être héritiers, soit qu'ils se soient rendus incapables pour de justes sujets qu'ils ont donné à leur pere, soit qu'ils aient encouru la mort civile par leurs crimes ou par la profession en Religion: l'avis de Barthole & de ceux qui l'ont suivi paroît insoutenable & rempli de contradiction; car il veut que les enfans exhérédés, quoique incapables de succéder, fassent néanmoins cesser la condition *si sine liberis*; & il soutient en même temps le contraire, pour ce qui concerne l'enfant déporté & celui qui est entré en Religion; mais si comme il le dit au nombre premier que, *in conditionibus inspicimus merum factum*, suivant que *Paul de Castro* l'atteste aussi sur la Loi *filius familias*, qu'est-il besoin d'examiner si les enfans peuvent être héritiers ou non? Et qu'importe de distinguer si c'est par le fait du testateur ou par la Loi?

Celui qui a fait la substitution a-t-il distingué dans son esprit que si l'enfant venoit à être exhérédé, il feroit cesser la condition, & qu'il la feroit manquer s'il étoit banni à perpétuité ou Religieux? Lorsqu'il n'a pas exigé qu'ils fussent héritiers, mais seulement qu'ils existassent au temps du décès du substitué, *merum factum respexit.* Il y a plus de raison de regarder les enfans vivans lorsqu'ils sont Religieux, *tempore mortis hæredis gravati*, que quand ils se trouvent pour lors justement exhérédés.

Ce n'est pas en leur faveur que la condition est mise; ils ne sont pas dans la disposition, la Loi se contente que les enfans existent au temps de la mort de l'héritier grevé sans exiger qu'ils soient ses héritiers; dès-là il n'est pas permis d'expliquer la volonté du testateur qui est indéfinie, ni distinguer comme font les sectateurs de Barthole, si l'enfant existant au temps de la mort a pu ou n'a pas pu être héritier, & s'il n'a pas pu l'être par sa volonté propre ou par celle de la Loi. *La Loi* 17, *ff. ad S. C. trebell.* n'est pas contraire à ce qui vient d'être dit. Ricard y a parfaitement répondu.

Ce n'est pas, dit *Mantica de conject. lib.* 11, *tit.* 6, *art.* 14, 15 & 16, les enfans qui excluent le substitué *sed defectus conditionis*, c'est, ajoute-t-il au même endroit *num.* 12, en faveur de l'héritier grevé que la condition a été mise, *ut libere possit disponere. Grassus*, §. *fideicommissum*, *quest.* 3, *n.* 3, est de même sentiment, *quia indicta conditione inspicitur merum factum an tempore mortis supersint filii, non autem juris effectus an succedant. Henrys*, *tom.* 2,

liv. 5, *quest.* 3, *pag.* 531, observe seulement que le fils quoique exhérédé fait cesser la condition *si sine liberis*, sans s'expliquer sur ce qui concerne le fils Religieux; enfin on pourroit dire qu'un pere qui, par la profession Religieuse d'un enfant, se verroit privé de disposer des biens substitués, feroit tous ses efforts pour l'en détourner; il n'auroit garde, par le même principe, de promettre une dot pour rendre une fille Religieuse : un enfant, d'un autre côté, pourroit entrer en Religion pour ôter à son pere la liberté de disposer des biens substitués; c'est ce que Peregrinus appelle *ingressus in fraudem gravati.*

BESANÇON.

D'ailleurs il y a des cas où le Religieux n'est pas regardé comme mort au monde : s'il est fait Evêque ses parens lui succédent; s'il a un Bénéfice il peut disposer des fruits pendant sa vie; on pourroit ajouter d'autres réflexions, mais celles ci-dessus paroissent suffisantes, & l'on se contente de citer encore sur cette matiere le conseil 396 *de Petrus de Anacharant*, & un Arrêt rapporté par *M. de Catellan*, *liv.* 2, *chap.* 88.

Ainsi les Commissaires estiment, suivant le sentiment de *Ricard*, que la condition *si sine liberis*, lorsqu'il n'est pas dit sans enfans héritiers, est remplie, lorsqu'il y a des enfans existans au temps de la mort, quoiqu'ils soient incapables de succéder de quelque maniere que ce soit, si ce n'est que ce soit des enfans nés après la condamnation de leur pere à une mort civile, suivant la Loi *ex facto* 17, *ff. ad trebell.* Fait & arrêté le 29 Août 1730. Signés, *Boisot*, *Espiard*, *Dorol*, *Tinseau* & *Boquet de Courbouson.*

COLMAR.

CETTE question a quelque rapport aux deux précédentes. La raison d'incapacité qui nous a fait décider contre le condamné & contre le profès, trouve son application à l'égard des enfans existans mais incapables, & nous porte à croire que l'incapacité des enfans existans remplit de plein droit la condition *si sine liberis.* Signés, de *Corbeson*, *Holdt*, *Muller* & *Mulle.*

DIJON.

LES Commissaires étant au nombre de sept, quatre ont été d'avis que la condition n'est pas remplie, quand il y a des enfans existans quoiqu'ils soient incapables.

Ils se sont fondés sur la Loi *filius familias* 114, §. *cum eris rogatus*, *ff. de legat.* 1°. où il est dit, *cum quis rogatus si sine liberis decesserit per fideicommissum restituere, conditio defecisse videbitur si patri supervixerint liberi nec quæritur an hæredes exti-*

DIJON.

terint, sur le sentiment de Ricard, traité des dispositions conditionnelles, n. 545, & suiv.

Sur ce raisonnement que les substitutions gênant la liberté naturelle de disposer de ses biens, il semble que les conditions doivent être remplies à la lettre, & que quand il y a des enfans existans, on ne peut pas dire, naturellement parlant, que leur pere est mort sans enfans. *MM. de Cambolas & Catellan* citent des Arrêts de leur Parlement qui l'ont ainsi jugé.

Il en a été aussi allégué un autre de ce Parlement qui a jugé le contraire; mais un Arrêt ne fait pas une Jurisprudence, & il est souvent rendu sur des circonstances particulieres.

Les trois autres Commissaires ont estimé que la condition *si sine liberis* est remplie quand il y a des enfans existans, mais incapables; ils ont fondé leur sentiment sur la Jurisprudence de ce Parlement, sur l'intention présumée du testateur, sur l'autorité des Loix, & sur l'opinion la plus commune des Jurisconsultes.

A l'égard de la Jurisprudence, il y a un Arrêt bien formel de ce Parlement rendu à l'Audience du 24 Mai 1644, qui jugea qu'une femme ayant été chargée de fidéicommis envers sa sœur, en cas qu'elle décédât sans enfans, devoit être considérée comme si elle n'en avoit point laissé, quoiqu'elle eût deux petites filles qui lui avoient survêcu, mais qui étoient Religieuses, en quoi l'on décida que par sa mort il y avoit ouverture au fidéicommis. Il est difficile en effet de douter que l'intention du testateur n'eût été telle, car à son égard il étoit égal que ces enfans fussent morts naturellement, ou que par leur mort civile ils fussent devenus incapables de succéder, & encore qu'il ne les eût pas appellés au fidéicommis; il avoit cependant une espérance naturelle que ses biens leur passeroient, comme ils ont coutume de passer des peres aux enfans; mais il est évident qu'il n'a pas voulu que l'héritier grevé, en cas qu'il n'eût point d'enfans capables de les recueillir, pût en disposer au profit d'une famille étrangere, & que ç'a été le motif du fidéicommis.

Les Loix favorisent cette présomption; car en la Loi 17, §. 5, & 6, *ff. ad S. C. trebell.* le Jurisconsulte ayant proposé si le condamné à une mort civile ayant eu des enfans depuis sa condamnation est censé mort *sine liberis*, il répond que si les enfans sont conçus & nés depuis la condamnation, le pere est censé mort *sine liberis*, & décide le contraire en cas que les enfans aient été conçus avant la condamnation, laquelle différence est fondée sur

sur ce que par une faveur des Loix, ces derniers ne sont pas tenus pour morts civilement comme leur pere, au lieu que les autres ont perdu, comme lui, le droit de cité, & sont par conséquent incapables de tous effets civils.

Cela a été l'opinion la plus communément suivie des Docteurs qui ont fait l'application de ces principes au cas des enfans qui ont fait la profession Religieuse ; ils sont cités en grand nombre par *Fusarius de substit. quest.* 428, & on y peut ajouter *Me. Charles Dumoulin* en sa premiere note sur *Alexandre*, *consil.* 13, *lib.* 3, où il réfute le sentiment contraire d'un ancien Docteur, & soutient que la condition *si sine liberis* doit s'entendre *de habilibus.*

Il est vrai que *Me. Jean-Marie Ricard en son traité des dispositions conditionnelles*, *n.* 545 & suivans, a été d'avis contraire ; mais il paroît que cet habile homme s'est mépris dans le sens & le motif de ladite *Loi* 17, §. 5, *ff. ad S. C. trebell.* car il a cru que la raison de sa décision étoit, *parce que la Loi ne veut pas que celui qu'elle a privé de la vie civile participe encore à ses effets en mettant au monde des enfans légitimes qui seroient capables de recueillir les biens, ou du moins de lui en acquérir par leur naissance.* En quoi il paroît avoir pensé que de tels enfans restoient en la puissance de leur pere, lequel par conséquent profiteroit de ce qu'ils pouvoient acquérir, ce qui est contre les principes du Droit rapportés par Godefroy sur cette même Loi, *filius familias* 114, §. 13, *ff. de legat.* 1°. qui ne paroît aucunement applicable ; car elle décide seulement que pour faire cesser la condition *si sine liberis*, il suffit que le testateur ait laissé des enfans, quoiqu'ils ne soient point ses héritiers ; mais soit qu'ils soient héritiers ou non, ils n'en sont pas moins vivans au monde & compris au nombre des citoyens ; ainsi ce cas n'a aucun rapport avec celui des enfans morts civilement ; & en effet, les Docteurs qui tiennent que la condition *si sine liberis* est remplie par la survivance des enfans incapables, ne laissent pas de décider unanimément que la même condition manque par la survivance des enfans capables encore qu'ils ne soient pas héritiers, comme on peut le voir dans Fusarius *ibid.* quest. 421, n°. 23.

L'on ne réfutera point les autres considérations qu'on emploie pour le sentiment contraire, parce qu'elles ne paroissent pas contenir rien de décisif, ni qui puisse balancer, ce semble, les principes qu'on vient d'établir. Signés, de *La Marre*, *Bouhier*, *Lantin*, *Fijan*, *J. David*, *Bazin*, *Mayrelet*, de *Minot*, *Normand* puîné, *Thiery*, *Quarré* & *Genreau.*

FLANDRES. Nous croyons que la condition *si sine liberis* est remplie quand il y a des enfans, encore qu'ils soient incapables, parce qu'il est vrai de dire que le grevé de fidéicommis n'est pas mort sans enfans, quoiqu'ils soient incapables d'être ses héritiers, ce qui paroît décidé par la Loi *filius famil.* 114, §. *cum erit*, *ff. de legat.* 1°. où il est dit, *conditio defecisse videtur si patri supervixerint nec quæritur an hæredes extiterint.* Signés, *Polinchon*, *Pinault*, de *Bannaux*, *Douche* de *Beaulieu*, *Visant* de *Ponange*, de *Burges*, *Bisshop*, *Curpin*, de *Calonne*, *J. Vaymel*, *Duparq* & *Vermineau*.

GRENOBLE. Les enfans incapables, appellés par les Docteurs insuccessibles, ne font point défaillir la condition *si sine liberis*; c'est ce qu'enseigne le docte *Peregrinus d. art.* 28, *n.* 51, parce que les termes des testamens doivent toujours être pris avec effet, & l'enfant incapable de succéder *habetur pro mortuo.* La *Loi ex facto*, *ff. ad S. C. trebell.* est expresse sur cette question. Signés, *Grammont*, *Lacroix*, de *Sayne*, de *Loyssin*, *Morel*, *Montrivier*, & *Vidault*, Procureur Général.

METZ. Quoique les enfans soient incapables, il est toujours vrai de dire que la condition est arrivée, & par conséquent qu'elle est remplie. Signés, de *Montholon*, *J. Pierre*, de *Lange*, *Bertrand*, *Muzac*, *Le Goulon* de *Champel*, *Bonneau* & *Lançon*.

PAU. Nous ne savons pas que cette question ait été décidée dans ce Parlement, mais nous croyons que l'existence des enfans, quoique incapables, fait manquer la condition *si sine liberis*, parce qu'il semble que les enfans, quoique incapables, doivent toujours être considérés pour faire défaillir la condition ou pour lui donner effet, & que leur vie profite en cette occasion perpétuellement à leur pere jusqu'à ce qu'ils soient actuellement privés de la vie naturelle. Signés, de *Gaubert*, *Casaux*, *Mignon*, *Deodat*, *Desclaux*, *Mesplés*, *Bordenave*, *Dejean*, *Lesan*, *Bonnecase*, *Casenave* & de *Caseaux*.

PAU. M. DE GAUBERT, premier Président. Le Parlement de Paris, au rapport de M. *Louet* qui rapporte l'Arrêt lettre S, somm. 15, du 13 Décembre 1698 (la question demandée aux Chambres) a jugé qu'un héritier chargé de restituer la succession à l'Eglise Métropolitaine de Toulouse, s'il décédoit sans enfans mâles, cet héritier s'étant absenté du Royaume

& rendu étranger par un long séjour, la substitution étoit ouverte au profit de l'Eglise substituée, quoique cet héritier eût des enfans mâles qui vivoient encore, par cette raison qu'étant nés hors du Royaume & censés étrangers, ils étoient incapables de succéder, que par conséquent leur incapacité équivaloit à la non-existence de ceux qui se sont absentés hors du Royaume, *perpetuæ moræ causa pro mortuis habentur amiserunt jura civitatis & regni, de civibus facti sunt peregrini*, que leurs enfans hors du Royaume, *pro non natis habentur.*

Les Arrêts du Parlement de Paris semblent juger que la condition *si sine liberis* est remplie, quoiqu'il y ait des enfans existans, mais incapables de succéder demeurant hors du Royaume. Voyez M. Louet lettre S, somm. 15.

Le Parlement de Toulouse a une Jurisprudence contraire, suivant laquelle, la substitution étant empêchée par l'existence des enfans quoiqu'incapables de recueillir, il suffit qu'il y ait des enfans vivans pour anéantir le fidéicommis & la substitution. En fait de condition on regarde la volonté du testateur, *leg. in conditionibus, ff. de condit. & demonstrat.*

Or il est évident que le testateur n'a point voulu que le substitué eût son bien au préjudice de ses propres enfans, la seule existence desquels par le droit fait défaillir & manquer le fidéicommis, *ne videatur testator alienas successiones propriis anteponere;* c'est la célebre Loi *cum acutissimi ingenii vir.* 30 *du grand Papinien, cod. de fideicomm.* §. *ne videatur testator alienos & extraneos successores suis proposuisse. Gotofred.*

Il y a une autre Loi formelle dans l'espece *cum qui rogatus si sine liberis decesserit, per fideicommissum restituere, conditio defecisse videtur, si patri supervixerint liberi, nec quæritur an hæredes extiterint, leg. filius famil.* 114, §. *cum erit* 13, *ff. de legat.* 1°. *M. Cambolas, liv.* 5, *chap.* 24, remarque que dans l'espece de l'Arrêt du Parlement de Paris rapporté par M. Louet, l'héritier s'en étoit allé aux Indes où il se maria, eut des enfans, étant d'ailleurs établi au procès que l'héritier avoit eu intention de finir ses jours aux Indes (ayant perdu tout esprit de retour) où cet héritier habitoit depuis plus de quarante ans.

M. de Catellan, tom. 1, *liv.* 2, *chap.* 88, rapporte un autre Arrêt du Parlement de Toulouse du mois de Décembre 1675, qui a jugé qu'un héritier chargé d'un fidéicommis, au cas qu'il mourût sans enfans, étant passé en Espagne où il avoit fixé son séjour &

PAU.
M. DE GAUBERT.

domicile, ayant des enfans, il fut ordonné que le substitué qui demandoit l'ouverture de la substitution, prouveroit que le fils du testateur, établi en Espagne, est décédé, & qu'il est mort sans enfans.

Il semble que la Jurisprudence du Parlement de Toulouse est plus conforme aux regles & à la volonté présumée du testateur, que l'existence des enfans, quoiqu'incapables de recueillir & succéder, remplit la condition, laquelle par conséquent rend la substitution caduque, outre que les enfans incapables de succéder nés, & demeurant hors le Royaume, peuvent revenir en France pouvant recueillir la succession, &c. §. *filius qui venit cum patre moratum ad locum originis paternæ potest quærere & succedere, & sic venire ad retractum sine impetratione litterarum naturalitatis sive civitatis. Boerius, décis.* 13, *n.* 45, les enfans existans pouvant devenir capables font tomber la substitution, il suffit que la condition soit remplie.

Marie Ricard, tom. 2 *des dispositions conditionnelles, traité* 2, *chap.* 5, *sect.* 5, *n.* 545, discute à fonds la question, & conclut au n. 549, contre la considération que les enfans ne sont point héritiers de leur pere chargé de substitution dans la condition *si sine liberis decesserit*, soit qu'ils en soient exclus par le fait de leur pere, ou par le leur propre, ou bien même par leur mort civile; ou par toute autre incapacité, de quelque façon qu'elle arrive; qu'en tous ces cas indistinctement les enfans ne laissent point de devoir être considérés pour faire défaillir la condition, pour lui donner effet; que leur vie profite en cette occasion perpétuellement à leur pere jusqu'à ce qu'ils soient morts réellement : l'héritier chargé de rendre, possede librement tandis qu'il y a des enfans vivans capables ou incapables de recueillir, leur existence suspend & fait évanouir la substitution.

Nous estimons que conformément à la Jurisprudence du Parlement de Toulouse, la condition *si sine liberis* n'est point remplie lorsqu'il y a des enfans existans mais incapables.

ROUSSILLON.

SI un fidéicommis est institué sous la condition *si sine liberis decesserit*, cette condition vient à faillir, lorsque celui qui est chargé meurt & laisse des enfans existans. L'existence de ces enfans le rend déchargé du fidéicommis & les biens demeurent libres sur sa tête, & il peut en disposer; mais si les enfans qui existent se trouvent incapables de succéder, la difficulté consiste à savoir, s'il faut dire que la condition est remplie, & s'il faut regarder ces enfans comme s'ils n'existoient pas.

Il y a des textes de Droit qui font voir, que les enfans, que celui qui est chargé d'un fidéicommis laisse le jour de sa mort, font manquer la condition *si sine liberis*, quoiqu'ils ne soient pas capables de succéder, de telle maniere que le grevé de rendre demeure déchargé & acquiert la propriété des biens contenus au fidéicommis incommutablement, dont le fidéicommissaire demeure exclu. ROUSSILLON.

Cette Jurisprudence est fondée sur cette considération : il est constant que dans cette espece il faut uniquement faire attention aux intérêts & avantages du grevé & nullement à ceux de ses enfans, parce que le premier a pour lui la volonté de celui qui a fait la disposition, qui a voulu qu'il eût les biens contenus au fidéicommis, & qu'il ne fût pas tenu à les restituer qu'au cas qu'il ne laisseroit pas des enfans, au lieu que ceux-ci n'ont aucun droit sur lesdits biens ; ce qui fait que cela étant ainsi, si ces enfans deviennent par leur faute incapables de succéder, cette faute ne peut jamais retomber sur le pere qui n'a rien fait qui doive lui attirer cette espece de peine, & l'obliger à restituer un bien que le testateur a voulu qu'il gardât au cas qu'il laisseroit des enfans existans le jour de son décès.

Ainsi, sur ces motifs, le Conseil souverain de Roussillon (si le cas se présentoit) décideroit que la condition *si sine liberis* a manqué lorsque le grevé laisse des enfans existans quoiqu'incapables. Signés, *Deponte d'Albaret*, de *Villars*, *Collarés*, *Bonnet* & *Romanya*, *Gispert*, de *Fulla*, *Regnés*, *Després*, *Bonnet* & *Sans*.

L'EXISTENCE des enfans incapables fait manquer la condition *si sine liberis* (*a*). TOULOUSE.

C'est la Jurisprudence constante de ce Parlement, fondée sur la disposition du Droit Ecrit. *Cum erit rogatus si sine liberis decesserit per fideicommissum restituere, conditio defecisse videbitur, si patri supervixerint liberi, nec quæritur an hæredes extiterint.*

Il est vrai que la glose sur cette Loi ajoute, *modo possint esse heredes ;* mais nos Arrêts ont décidé qu'il falloit prendre le texte à la lettre, parce que de-là que les enfans mis dans la condition ne sont pas censés dispositivement appellés, il importe peu de savoir s'ils sont capables ou non, & leur existence doit faire man-

(*a*) Cambolas, liv. 5, chap. 24. Catellan, liv. 2, chap. 88, *leg.* 114, §. 13, *ff. de legat. & fideicomm.* 1°.

TOULOUSE.

quer la condition *si sine liberis*. La *Loi* 17, §. 5, *ff. ad trebell. Senatus-Consult.* (*a*), n'est pas contraire à cette Jurisprudence; dans l'espece de cette Loi, il est question de décider si les enfans nés après la condamnation du pere font manquer la condition *si sine liberis*. Le Jurisconsulte décide que dans ce cas la substitution doit avoir lieu au préjudice du fisc qui n'est pas favorable; on regarde ces enfans comme étrangers au pere condamné. *Susceptos vero post deportationem quasi ab alio non prodesse*, & dans le concours du fisc & du substitué on donne la préférence à celui-ci qui est dispositivement appellé par le testateur, des biens duquel il s'agit.

Nous croyons donc que l'existence des enfans même incapables fait manquer la condition *si sine liberis*, à moins que le testateur n'ait déclaré qu'il vouloit que les enfans fussent habiles à succéder. Signés, le *Président Daspe*, *Comere* de *Labastide*, *Pegueyroles*, *Bastard*, de *Catellan-Lamasquere*, *Azemar*, *Cassand*, *Aymar*, *Caussade*, de *Celés*, *Parasa*, *Daspe* de *Meillan*, & *Le Masuyer*, Procureur Général.

PARIS.
M. le Procureur Général.

Il faut convenir que cette question a de véritables difficultés, puisque les différentes Cours forment des suffrages si différens, puisque pour autoriser chaque sentiment on oppose la Loi à la glose de la Loi, & que chacun prétend avoir pour son sentiment la volonté expresse ou tacite de celui qui a formé la substitution.

La premiere impression qui se forme dans l'esprit sur cette question, c'est que le substituant ayant d'abord préféré l'institué & ses enfans au substitué, ayant ensuite préféré le substitué aux héritiers ou légataires de l'institué autres que ses enfans, l'incapacité des enfans doit avoir le même effet en faveur du substitué; & c'est aussi ce que dit la glose sur la Loi 114, §. 13, *ff. de legat.* 1°. *modo possint esse heredes*.

Mais d'un autre côté doit-on jamais préférer la glose au texte même de la Loi, & une volonté présumée à une volonté expresse, quand le donateur ou le testateur a dit, *si sine liberis decesserit*; il n'a pas ajouté, *aut si liberi sint incapaces*. Il s'agit d'un appellé à une substitution, qui par cette raison n'a pour lui que la volonté de l'homme; cette volonté étant accompagnée d'une condition qui est fixe & certaine, est-il permis de l'étendre au-delà de ses termes? & contre qui? contre celui qui a été le premier objet

(*a*) Louet, lettre S, somm. 15.

de sa libéralité? en faveur de qui? en faveur de celui qui ne vient que dans le second ordre, & sous une condition qui, suivant les termes de l'acte, n'est point arrivée? Enfin, à quel effet étendroit-on les termes de la condition & la volonté du substituant? ce seroit pour gêner la volonté du grevé que son bienfaiteur a voulu être libre dans le cas général qu'il eût des enfans à son décès, & pour révoquer peut-être des aliénations ou écarter des hypotheques au préjudice d'acquéreurs ou de créanciers de bonne foi, qui ont eu un juste sujet de croire que l'institué ne décéderoit pas sans enfans.

Aussi la Loi qu'on vient de citer dit expressément *nec quæritur an heredes extiterint*, termes qui excluent la note de la glose qui se trouve entiérement opposée au texte : en un mot, le substituant n'a eu en vue d'abord que l'institué, en second lieu le substitué, & il n'a porté en rien sa vue sur les enfans de l'institué; l'institué, premier objet de sa libéralité est grevé s'il n'a point d'enfans : c'est le seul cas où le substitué a pour lui la volonté du défunt; mais s'il a des enfans lors de son décès il n'est chargé de rien. Vainement dira-t-on qu'un enfant incapable *pro mortuo habetur* : ce principe est vrai relativement à ceux qui, au défaut des enfans, doivent être admis à la succession déférée par la Loi; mais il n'a aucune application dans le cas de la volonté de l'homme qui n'a employé dans sa disposition que le cas du décès, & non celui de l'incapacité & l'état d'enfans que le substituant n'a nommé qu'en faveur de leur pere & non par rapport à une relation à eux-même, ne paroît pas devoir rien changer à la volonté du substituant. La *Loi* 17, §. 5, *au ff. ad S. C. trebell.* ne peut jamais être opposée, parce qu'il s'agissoit d'un fils né depuis la mort civile de son pere, & qui pouvoit encore être moins compté pour un enfant qu'un enfant bâtard & illégitime.

On dit, moins qu'un enfant bâtard & illégitime, à cause du sentiment de plusieurs Interpretes du Droit Romain, qui ont cru que les bâtards faisoient défaillir la clause *si sine liberis*; c'est un sentiment qui ne peut jamais être autorisé dans ce Royaume, & quoique M. le Président *Faber* & *Mantica*, après plusieurs autres, aient cru que cela devoit avoir lieu en France dans les Provinces régies par le Droit Ecrit, on ne peut douter, après le Parlement de Toulouse & Me. *Jean-Marie Ricard*, que ce sentiment ne doive être entiérement proscrit.

Mais pour les enfans légitimes ou légitimés par mariage subsé-

PARIS.

séquent, il est difficile de ne pas penser que leur capacité ou leur incapacité ne soit indifférente pour l'accomplissement de la condition *si sine liberis*.

C'est en effet le sentiment des Parlemens de Toulouse, de Pau, de Besançon, de Metz, de Flandres, de M. le P. de Gaubert, & du Conseil de Roussillon.

Il est vrai que le Parlement de Grenoble, celui d'Aix & de Bordeaux, & le Conseil d'Alsace sont d'un avis contraire, & que le Parlement de Dijon a été presque partagé sur la question.

Et il est encore vrai que M. le Président *Lebret*, *Lapeyrere*, & plusieurs autres proposent sur cela des distinctions, entre les incapacités par mort civile encourue par une condamnation, ou encourue par la profession Religieuse; celles qui peuvent provenir de la démence, de l'exhérédation, de la renonciation à la succession.

Mais ce sont ces questions même subordonnées qui naîtroient de la question principale, qui semblent faire desirer qu'une Loi simple & uniforme les écartent toutes; si l'incapacité des enfans donnoit ouverture au fidéicommis, il faudroit certainement en excepter quelque cas: l'exhérédation prononcée, par exemple, par le pere (peut-être pour frustrer ses créanciers) pourroit-elle donner ouverture au fidéicommis? L'enfant renonçant en fraude à la succession de son pere, pourroit-il donner lieu au fidéicommissaire de revendiquer la substitution? La seule Loi simple & uniforme semble être celle de s'en tenir aux termes exprès de l'acte de substitution, c'est ce qui doit décider de la volonté de celui qui l'a formée; & ce qui semble devoir porter encore plus à ce sentiment, indépendamment de la pluralité des suffrages des Cours, c'est que la Loi étant une fois faite, celui qui substituera sera le maître de prévoir le cas de l'incapacité, si c'est son intention qui équipolle à la défaillance d'enfans. On ne peut point opposer l'Arrêt du Parlement de 1599, les rédacteurs, après Me. Jean-Marie *Ricard*, ont fait connoître, avec la derniere évidence, que cet Arrêt a jugé un cas particulier, & n'a point jugé la question générale qu'on ne croit pas devoir former une difficulté.

Tels sont les motifs qui ont frappé presque tout le monde dans le cas où il seroit question de décider une contestation; mais pour prononcer par une Loi nouvelle, on a pensé tout le contraire, on a cru qu'il étoit plus naturel, en faisant une nouvelle Loi, de mettre l'incapacité au même rang que le décès.

On est convenu que la condition *si sine liberis* ne paroissoit pas être

être remplie dans le cas de l'incapacité, si on s'attachoit scrupuleusement à la rigueur des termes ; mais on a pensé que dans l'esprit du testateur cette condition ne pouvoit avoir d'autre effet que celui de voir passer les biens aux enfans ; qu'il faut chercher dans l'esprit d'un homme qui dispose une volonté raisonnable & non une volonté bisarre ; qu'on ne doit jamais présumer que le substituant ait eu en vue, soit des collatéraux, soit des acquéreurs étrangers au préjudice du substitué ; & pour entrer dans les vues justes & raisonnables de celui qui forme une substitution, il convient mieux de faire la Loi pour égaler le décès & l'incapacité.

PARIS.

On a cependant fait une grande attention à tous les cas différens de M. le Président Le Bret ; mais l'on a cru que ces différens cas (si on en exceptoit la mort civile) n'entroient point dans la question, parce qu'ils ne formoient point de vraies incapacités, & ne pouvoient par conséquent remplir la condition *si sine liberis* ; ainsi on a borné le résultat à la mort civile.

C'est ce qui a fait qu'on a estimé que la condition *si sine liberis* n'étoit point remplie quand il y avoit des enfans existans, mais incapables par mort civile encourue, soit par la profession Religieuse ou par condamnation.

DIX-NEUVIEME QUESTION.

Si l'on doit décider en général que les enfans mis dans la condition ne sont pas dans la disposition quand il n'y a point de circonstances ou de conjectures qui puissent faire juger le contraire ?

COMME il est certain, en droit, que la condition ne renferme jamais aucune disposition (*a*), il seroit bon de s'en tenir à cette regle, que les enfans mis dans la condition même redoublée ne seroient jamais compris dans la disposition, & c'est la Jurisprudence de ce Parlement établie par un Arrêt général (*b*) du 24 Juin 1614, suivi de plusieurs autres.

AIX.

(*a*) *Leg. si quis sub conditione, ff. si quis omissa causa test. Leg. si quis eum, §. si vali, ff. de vulg. & pupill. substit.*

(*b*) Duperier en ses max. tom. 1, pag. 510.

AIX.

Il eſt vrai que depuis cet Arrêt général qui paroiſſoit les avoir exclus en toute ſorte de cas, on s'eſt laiſſé entraîner à la doctrine des Docteurs qui les ont admis, lorſque différentes circonſtances, preſſantes, concluantes & néceſſaires, induiſent que la volonté tacite du teſtateur ou du donateur a été de les appeller; mais comme ces circonſtances ſont quelquefois plus d'impreſſion ſur l'eſprit des uns que ſur celui des autres, on fournit par-là le prétexte d'élever des procès injuſtes & de rendre la Juriſprudence arbitraire. Pour éviter de pareils inconvéniens, il conviendroit de s'en tenir à la regle générale, & par conſéquent de les exclure totalement de la vocation quelques circonſtances qui puiſſent s'y rencontrer : la regle une fois connue & établie, détermineroit ſans doute le teſtateur & donateur à s'expliquer d'une maniere plus claire, & de les appeller nommément ſi c'étoit là leur intention.

M. LE BRET, premier Préſident.

CONDITIO non diſponit. Ainſi l'on devroit tenir qu'en général les enfans mis dans la condition ne ſont pas dans la diſpoſition, ſur-tout quand les circonſtances & les conjectures ne peuvent pas faire juger le contraire; mais en admettant les conjectures, l'on ouvre un vaſte champ aux ſubſtitués & aux diſtinctions qui engendrent les procès, & il conviendroit peut-être mieux d'abolir, avec les conjectures, tous les raiſonnemens auxquels elles donnent lieu avec les eſpérances qu'elles font naître, & ſur leſquelles on s'engage dans des procès.

M. DE CORMIS, Avocat.

IL ſemble qu'on peut décider en général que les enfans mis dans la condition ne ſont pas dans la diſpoſition, ſuivant la regle *conditio non diſponit*, ſur-tout quand il n'y a point de circonſtances ou de conjectures qui puiſſent faire juger le contraire.

BORDEAUX.

LES enfans mis dans la condition ne ſont point dans la diſpoſition, quand il n'y a pas de circonſtances ou de conjectures qui puiſſent faire juger le contraire; c'eſt une maxime ſi conſtante aujourd'hui, qu'on n'a pas beſoin de l'autoriſer. Signés, *Gillet* de *Lacaſe*, *Le Berthon*, *d'Albeſſard*, *Bigot*, *Jegun*, *Le Moncreau*, *Loyal*, *Dudon*, *Du Vigier* & de *La Treſne*.

DIX-NEUVIEME QUESTION.

Si l'on doit décider que les enfans mis dans la condition ne sont pas dans la disposition, quand il n'y a point de circonstances ou de conjectures qui puissent faire juger le contraire?

VINGTIEME QUESTION.

Supposé que l'on prenne le parti de les admettre à la substitution dans le cas des présomptions expliquées par Cujas & Dumoulin, le concours de toutes ces présomptions, ou de deux au moins, est-il nécessaire, ou une seule peut-elle suffire?

VINGT-UNIEME QUESTION.

Si lorsque la condition est conçue en ces termes : Au cas de décès sans enfans mâles, *cette seule qualité de mâles suffit pour mettre les enfans dans la disposition, quoiqu'il n'y ait aucune autre circonstance ni présomption?*

VINGT-DEUXIEME QUESTION.

Si l'on doit dire que les enfans mâles sont dans la disposition lorsque la condition est conçue en ces termes : sans enfans mâles ni filles?

VINGT-TROISIEME QUESTION.

Si lorsque la condition est redoublée & que le Donateur ou le Testateur s'est servi de ces termes : Au cas de décès sans enfans, & des enfans sans enfans, *cela suffit pour mettre les enfans dans la condition?*

S'il y a quelque différence à faire lorsque la condition est redoublée par la particule disjonctive, ou en ces termes : Au cas de décès sans enfans, ou des enfans sans enfans?

VINGT-QUATRIEME QUESTION.

Si pour faire cesser toutes les disputes & prévenir tous les procès qui naissent touchant les enfans mis dans la condition, il seroit utile d'établir pour regle générale qu'ils sont indistinctement dans la disposition, comme on l'a fait dans quelques pays étrangers?

BESANÇON.

VINGT-CINQUIEME QUESTION.

S'IL ne feroit pas plus juste & plus utile d'établir la regle contraire, c'est-à-dire qu'à l'avenir les enfans qui ne feront que dans la condition ne feront en aucun cas compris dans la disposition, & malgré le concours des présomptions reçues en cette matiere?

LES sept articles que l'on a réunis concernant la même question, sur laquelle on peut assurer que la Jurisprudence du Parlement de Besançon est, que les enfans qui sont simplement dans la condition ne sont pas dans la disposition, par le grand principe que la condition ne dispose pas : comme cette question a fait naître de grandes disputes entre les Auteurs, cette matiere se trouve traitée dans une infinité d'endroits ; mais après avoir examiné les différens sentimens, il faut convenir qu'il y a bien de la subtilité à vouloir admettre une substitution où il n'y en a pas la moindre trace ; d'ailleurs il n'y a aucune Loi qui ait décidé que la condition de l'existence des enfans étant arrivée, & le fidéicommis étant nul par cet endroit, les enfans emporteroient les biens à titre de substitution. Dès que cela est, pourquoi sur des conjectures vouloir former le systême d'un fidéicommis en faveur des enfans, lorsque le testateur n'a pas jugé à propos d'exprimer son intention à cet égard ? Rien n'est plus propre à faire naître des difficultés, que de laisser à l'arbitrage des Juges, de déterminer sur des présomptions l'existence d'une substitution ; ainsi l'on est extrêmement partagé sur la qualité & le choix de ces présomptions. Le seul moyen de finir tout d'un coup des débats qui subsistent depuis si long-temps, & qui exposent les parties à des Jugemens différens, suivant les Tribunaux auxquels elles s'adressent, c'est d'adopter l'un ou l'autre des partis qui sont proposés dans les art. XXIV & XXV ; car dès qu'il s'agit d'une Loi nouvelle, il convient de la rendre parfaite ; lorsqu'elle sera connue on ne trouvera plus d'ambiguités dans les dispositions. Il ne s'agira plus d'interpréter les clauses qui sont le sujet des conjectures dont il est parlé dans les art. XXI, XXII & XXIII, les disputes sur ces mêmes clauses cesseront, & ce sera un avantage pour les familles. Il reste à se déterminer entre le parti de comprendre les enfans dans la disposition, ou celui de les en exclure. Le premier trouveroit sa justice en ce que le testateur voulant préférer les

enfans de son héritier au substitué, marque l'intention où il est de favoriser ses enfans qui trouveroient leur compte à succéder à titre de fidéicommis, parce que de cette maniere le pere sera obligé de leur conserver les biens compris dans la disposition.

BESANÇON.

Mais en même temps que ce parti favorise les enfans, il tend à augmenter les substitutions contre l'esprit des Ordonnances qui ont cherché à les restreindre, & contre la liberté du commerce qui se trouve blessé toutes les fois que certains biens deviennent inaliénables; c'est ce qui doit, à notre avis, faire donner la préférence à la proposition contenue dans l'art. XXV, suivant laquelle les enfans qui sont dans la condition ne doivent pas être compris dans la disposition, malgré le concours des présomptions réunies en cette matiere. Quel inconvénient cela peut-il causer? Les testateurs n'ont qu'à s'expliquer nettement sur la vocation des enfans: l'Ordonnance étant une fois faite, ils sauront que s'ils ne font pas clairement un fidéicommis en termes dispositifs, leurs biens ne seront pas substitués, ce sera ensuite à eux à voir ce qu'ils auront à faire.

Ainsi les Commissaires réunissant leurs avis sur les articles ci-dessus, estiment que l'on doit déclarer qu'à l'avenir les enfans qui ne seront pas dans la condition, ne seront en aucun cas censés compris dans la disposition, & malgré le concours des présomptions réunies en cette matiere; cependant comme on pourroit prendre à la Cour un parti contraire, & ne pas abroger absolument le fidéicommis que les Auteurs font résulter de la condition *si sine liberis* redoublée en faveur des mâles, sur-tout lorsqu'elle est accompagnée d'autres circonstances, on pourroit déclarer que dans les familles illustres ou nobles, la masculinité apposée à la condition du décès sans enfans, & redoublée dans la personne des petits-enfans (s'il est dit au cas qu'ils meurent sans enfans mâles, & les mâles sans mâles, avec une obligation de porter les armes & le nom du défunt, joint à la prohibition d'aliéner) seront suffisantes pour induire le fidéicommis; que pour cela les quatre conditions devront concourir conjointement sans qu'on puisse en admettre d'autres. Fait & arrêté le 29 Août 1730. Signés, *Boisot*, *Espiard*, *Tinsean*, *Dorol*, & *Boquet* de *Courbouson*.

COLMAR.

Les Jurisconsultes ont traité cette question sur la Loi *Gallus*, *ff. ad trebell.* & l'opinion la plus saine est que, *filii qui sunt in conditione, non sunt in dispositione*, par la raison que, *conditio num-*

COLMAR.

quam disponit, ce principe est général & s'étend autant qu'il n'est point gêné par la volonté du testateur par des présomptions qui fassent connoître que son intention a été de comprendre les enfans en la disposition & de les appeller à la succession. Pour lors, *qui sunt in conditione censentur dispositim vocati* ; ces présomptions & conjectures sont assez ordinairement au nombre de trois, quand le Testateur est de condition noble, & a vraisemblablement desiré la conservation de son nom, quand c'est la coutume de la famille d'appeller & de substituer les descendans, & quand la qualité des mâles est jointe à celle des enfans qui sont dans la condition.

Nous tenons sur cette question, qu'en général les enfans mis dans la condition, ne sont pas dans la disposition, quand il n'y a point de circonstances ou de conjectures qui puissent faire juger le contraire. Signés, de *Corbeson*, *Holdt*, *Muller*, *Nof* & *Mulle*.

DIJON.

CETTE question qui avoit autrefois partagé les Docteurs, ne semble plus faire aujourd'hui de difficulté. La Glose de la *Loi Lucius*, *Titius*, *ff. de heredib. instit.* condamne l'opinion de ceux qui se sont prévalus de la Loi pour prouver que les enfans mis dans la condition, l'étoient aussi dans la disposition. *Ex præsumpta mente testatoris* ; suivant les principes du Droit jamais condition n'a disposé ; *verba conditionaliter prolata non inducunt dispositionem.*

On convient bien que le testateur a pensé aux enfans de son héritier, lorsqu'il les a mis dans la condition, mais on ne doit pas conclure qu'il ait voulu charger leur pere d'une substitution envers eux : on doit au contraire présumer que la condition du fidéicommis venant à manquer, le testateur a laissé à son héritier la liberté de disposer de ses biens, comme il le jugeroit à propos, afin d'engager ses enfans à les mériter par le respect & la soumission envers leur pere.

Le Parlement de Dijon a jugé, par Arrêt du mois de Juillet 1671, que les enfans mis dans la condition, n'étoient pas censés compris dans la disposition. Cette Jurisprudence est aujourd'hui celle de la plupart des Parlemens du Royaume, & il a paru aux Commissaires qu'on devoit décider en général, que les enfans mis dans la condition ne sont pas dans la disposition, quand il n'y a point de circonstances ou des conjectures qui puissent faire juger le contraire. Signés, de *Birbisey*, *Bouhier*, *Lantin*, *Mairelet*, de *Minot*, *Thiery*, *Normand*, *Quarré* & *Genreau*

FLANDRES.

Il y auroit des raisons considérables pour penser avec des Auteurs graves, que les enfans mis dans la condition ne sont pas dans la disposition, quand il n'y a pas des circonstances ou des conjectures qui puissent faire juger le contraire ; mais cette question est tranchée pour les Provinces du Parlement de Flandres par une Loi expresse qui a préféré l'opinion contraire qui avoit aussi ses partisans. C'est l'Edit perpétuel de 1611, Art. XVIII, dont voici les termes. *Et avenant qu'ils ordonnent quelques substitutions au profit de quelqu'un, lors & si avant que le premier institué viendroit à décéder sans enfans, qui (plusieurs ont tenu être mots conditionnels & ambigus causant grande dispute & diversité d'opinion,) Nous, pour y mettre fin, déclarons qu'au cas susdit tels enfans mis en condition s'entendront être appellés après leur pere, qui par conséquent ne pourra aliéner les biens chargés de telle substitution.* Cette Loi est très-utile pour retrancher les Procès, & nous croyons qu'il convient de la laisser subsister suivant la promesse qu'il a plu au feu Roi de faire aux peuples de ces Provinces de les maintenir dans leurs Loix & Coutumes. Signés, *Polinchonc*, *Pinault* de *Banneaux*, *Douche* de *Beaulieu*, *Visant* de *Ponange*, de *Burges*, *Bissehop*, *Curpin*, de *Calonne*, *J. Vaymel*, *Duparq* & *Vermineau*.

METZ.

Nous ne faisons pas de difficulté de juger que les enfans mis dans la condition ne sont pas dans la disposition lorsqu'il n'y a point de circonstances ou de présomptions qui concourent à déterminer le contraire. Signés, de *Montholon*, *J. Pierre* de *Lange*, *Bertrand*, *Muzac*, *Le Goulon*, de *Champel*, *Bonneau* & *Lançon*.

GRENOBLE.

Cette question a été traitée & décidée dans les réponses aux questions 25, 26, 27, 28, 29 & 30, attendu que l'Officier qui s'étoit chargé des dernieres questions a été plus diligent à y satisfaire que l'autre. Signés, de *Grammont*, *Lacroix* de *Sayne*, de *Layssin*, *Morel*, *Montrivier* & *Vidault*, Procureur Général.

PAU.

Il est d'une Jurisprudence constante dans ce Parlement, qu'en général les enfans mis dans la condition ne sont pas dans la disposition quand il n'y a pas des circonstances qui puissent faire juger le contraire.

Nous croyons qu'il est convenable de le décider ainsi dans la nouvelle Loi, *quia conditio numquam disponit*, autrement ce

PAU.

feroit ajouter à la volonté du teſtateur, ſans aucune préſomption qui puiſſe mener à croire qu'il a penſé ainſi. Signés, de *Gaubert*, *Mignon*, *Deodat*, *Deſclaux*, *Meſplés*, *Bordenave*, *Dejean*, *Leſan*, *Bonnecaſe*, *Caſenave* & *Deſcaſeaux*.

M. DE GAUBERT, premier Préſident.

SI l'on ramenoit tout ce que les Docteurs ont dit ſur la queſtion, l'on rempliroit des volumes : queſtion fort débattue, néanmoins le plus grand nombre & les plus recommandables, tiennent pour maxime certaine que les enfans qui ſont dans la condition ne ſont point appellés à la diſpoſition. La nature de la condition n'eſt point de diſpoſer. *Conditio numquam diſponit.*

Preſque tous les Docteurs étrangers, ſur-tout les ultramontains, ſoutiennent que ces enfans ſont dans la diſpoſition. Cette maxime a paſſé de delà les Monts au Païs-Bas, par un Edit de l'an 1611 ; mais en France tous nos Docteurs, entr'autres *Cujas* & *Dumoulin*, ſoutiennent que les enfans mis dans la condition ne ſont point cenſés dans la diſpoſition, & tous les Arrêts des Parlemens du Royaume ſont conformes. V. *Marie Ricard des ſubſtit. direct. & fidéicom.*, *trait.* 3, *ch.* 8, *ſect.* 1, *n.* 453, *Henrys*, *tom.* 1, *liv.* 5, *queſt.* 26, M. *Louet*, & tous les autres Arrêtiſtes.

Nous eſtimons que ſuivant les plus ſaines maximes, & conformément à la Juriſprudence des autres Parlemens de France, qui eſt la même que celle du Parlement de Navarre, que les enfans mis dans la condition ne ſont point dans la diſpoſition, n'y ayant point d'ailleurs de circonſtances ou de conjectures qui puiſſent autoriſer le contraire.

ROUSSILLON.

LE Conſeil ſouverain de Rouſſillon a toujours jugé que les enfans mis dans la condition, ne ſont pas dans la diſpoſition, s'il n'y a des conjectures qui faſſent juger que la volonté du teſtateur eſt qu'ils ſoient compris dans la diſpoſition. Cette Juriſprudence eſt univerſellement reçue à la réſerve de quelques Tribunaux d'Italie.

Elle eſt fondée ſur ce que la condition par elle-même ne diſpoſe point ; que ſon effet eſt au contraire de détruire la diſpoſition à laquelle elle eſt attachée, & elle n'eſt employée en droit dans les teſtamens que pour faire que l'inſtitution, les legs & les fidéicommis, n'ayent pas d'effet dans les cas prévus par les teſtateurs, enſorte qu'on ne peut pas préſumer dans les regles que la condition

condition ait été apposée pour augmenter la disposition, puisqu'elle doit la restreindre de sa nature, & si on faisoit produire la vocation des enfans à la seule condition, sans le secours des conjectures, il arriveroit que la condition auroit un effet différent de celui que le testateur s'est proposé, & que par conséquent cette vocation des enfans seroit contraire à la volonté du testateur qui doit être la regle des testamens & des dernieres volontés.

ROUSSILLON.

Ce qui fait juger que la Jurisprudence contraire qui présume les enfans dans la disposition dès là seulement qu'ils sont mis dans la condition est très- dangereuse & peu conforme aux regles du droit, de l'aveu même des Auteurs qui la suivent.

Quoique le Conseil souverain de Roussillon reçoive la vocation des enfans mis en condition à la faveur de certaines conjectures, cependant lorsqu'il y a une substitution vulgaire expresse en faveur des enfans, on ne présume aucune vocation tacite en leur faveur quelque conjecture qu'il y ait pour les fidéicommis simples, par la raison que la substitution expresse fait cesser toute substitution tacite. Signés, *Deponte*, *d'Albaret*, *Dupont*, de *Villars*, *Collarés*, *Bonnet* de *Romanya*, *Gispert* de *Fulla*, *Regnés*, *Desprès*, *Bonnet* & *Sans*.

TOULOUSE.

Les enfans mis dans la condition ne sont jamais censés être dans la disposition, à moins qu'il n'y ait des circonstances ou des conjectures qui puissent faire juger le contraire, parce que la condition ne dispose jamais, *conditio numquam disponit*. L'existence des enfans rend les biens libres sur la tête du pere en faisant évanouir la substitution.

Ainsi nous croyons que les enfans mis dans la condition ne sont censés jamais être dans la disposition, à moins qu'il n'y ait des circonstances ou des conjectures qui ne permettent pas des doutes. Signés, le *Président Daspe*, *Comere* de *Labastide*, *Pegueyroles*, *Bastard*, de *Catellan-Lamasquere*, *Azemar*, *Cassand*, *Aymar*, *Caussade*, de *Celés*, *Parasa*, *Daspe* de *Meillan* & *Le Masuyer*, Procureur Général.

PARIS.
M. le Procureur Général.

A envisager cette question dans la these générale de la maniere qu'elle est proposée, & indépendamment de ce qui sera décidé sur les 24 & 25 questions, la décision n'en paroît pas devoir être douteuse. La clause qui met les enfans dans la condition, n'y ayant d'ailleurs aucune circonstance ou conjectures particulieres,

PARIS.

ne peut jamais être regardée que comme une simple condition de la substitution; elle n'a d'autre effet que de grever l'institué sous une condition, & de le laisser libre dans le cas de la défaillance de la condition, & l'on ne voit en ce cas aucun prétexte pour grever l'institué au profit de ses enfans.

Aussi tous les sentimens des Cours sont unanimes; si elles se décident pour les cas des circonstances & des conjectures, telles que les Auteurs les ont indiqués, elles se réunissent quand la clause est simple; le plus grand nombre d'ailleurs est de même avis. Le seul Parlement de Flandres a une Jurisprudence différente par rapport à la disposition expresse de l'Edit perpétuel; & quoiqu'on pût regarder cette Loi comme un Statut particulier qu'on pourroit conserver comme une exception à la Loi générale, & qu'il y ait un fondement légitime à cette exception par rapport aux capitulations, il semble cependant qu'une disposition aussi contraire nonseulement à l'usage de tout le Royaume, mais aux véritables principes, devroit céder à l'uniformité de la Loi.

Ainsi on a estimé que dans la question générale, indépendamment de ce qu'on pourroit décider sur les questions 24 & 25, les enfans mis dans la condition ne sont pas dans la disposition, quand il n'y a point de circonstances ou de conjectures qui puissent faire juger le contraire; on a fait des vœux pour que cela puisse s'observer, même dans l'étendue du Parlement de Flandres pour l'avenir.

VINGTIEME QUESTION.

SUPPOSÉ qu'on prenne le parti de les admettre à la substitution dans le cas des présomptions expliquées par Cujas & Dumoulin, le concours de toutes ces présomptions, ou de deux au moins, est-il nécessaire, ou une seule peut-elle suffire?

AIX.

EN prenant le parti de les admettre à la substitution, une seule présomption ou conjecture ne sauroit suffire, & il en faudroit du moins trois bien marquées & concluantes, comme sont la répétition de la condition, la qualité de mâle, & la prohibition d'aliéner les biens; il n'y a que le concours de ces trois présomptions

ou d'équipollentes qui puissent déterminer à les appeller (*a*).

AIX.

M. LE BRET.

TOUTES les présomptions n'ont été imaginées que pour multiplier les procès, & il est étonnant que les Jurisconsultes qui ne les ont imaginées qu'en faveur de leurs clients, aient eu assez de pouvoir sur l'esprit des autres hommes pour les empêcher d'en sentir l'abus, & le préjudice énorme qui en résulte souvent pour ceux-là même qui gagnent leur procès.

Cujas en sa consultation 35 les admet pourvu qu'elles soient en nombre, & semble se fonder sur la Loi *cum proponebatur*, *ff. de legat.* 2°. dans laquelle le Jurisconsulte *Papinien* appuye sa décision sur celle de *Marc-Aurele* & de *Commode* qu'il rapporte, & suivant laquelle *in causa fideicommissi conjectura admitti potest*; il en cherche ensuite des exemples dans le troisieme titre *de legatis*, & le Jurisconsulte Ulpien lui en fournit dans la Loi *Librorum* & *Paulus*, & la Loi *Prædiis*; mais il faut être bien convaincu de la nécessité des fidéicommis pour trouver quelque chose de sensé dans tout ce que disent ces Jurisconsultes; car pour peu qu'on croie que les hommes ont pu vivre sans substitutions & sans fidéicommis pendant une longue suite de siecles, l'on devroit les trouver moins favorables, & en les regardant avec indifférence, l'on n'admettra aucunes conjectures pour les faire valoir contre le cours naturel de la succession.

M. DE CORMIS, Avocat.

AU cas qu'on les admette à la substitution, il sembleroit nécessaire qu'au moins le concours de deux présomptions expliquées par Cujas & par Dumoulin s'y trouvât, *& non qu'une seule pût suffire.*

BORDEAUX.

ON admet, au Parlement de Bordeaux, les conjectures établies par Cujas & par Dumoulin, pour en induire que les enfans qui ne sont que dans la condition sont néanmoins censés compris dans la disposition par la volonté présumée du testateur, qui, en fait de substitutions, doit principalement servir de regle; mais il seroit impossible de fixer le nombre des présomptions qui est nécessaire pour cela; il faudroit descendre dans de si grands débats, & la moindre circonstance dans le fait est si capable de

(*a*) Boniface, tom. 3 de la seconde compilation, pag. 291.

BORDEAUX. changer les raisons de décider, qu'on ne peut prendre d'autre parti que de laisser ces sortes de questions à l'arbitrage des Juges (*a*). Signés, *Gilles de Lacase*, *Le Berthon*, *d'Albessard*, *Bigot*, *Jegun*, *Le Moncreau*, *Loyal*, *Dudon*, *du Viguier* & *de La Tresne*.

COLMAR. Nous nous rangeons volontiers du côté de Cujas, & nous croyons qu'on doit se contenter de connoître l'intention du testateur.

Quand il est question de se former, par des présomptions & des conjectures, une espece de certitude de sa volonté, pourquoi en demander plus d'une si celle qui se rencontre est assez forte?

C'est au jugement droit & juste; c'est à la prudence du Juge à décider, si les termes du testateur sont assez expressifs pour rendre claire son intention; or cette force de termes peut se rencontrer dans une seule présomption comme en plusieurs, & opérer une décision.

Notre avis est donc, que dans le cas de la question présente, une présomption seule peut suffire, mais qu'il faut nécessairement en laisser la valeur & le mérite à l'arbitrage du Jugé. Signés, de *Corbeson*, *Holdt*, *Muller* & *Mulle*.

DIJON. Si malgré les raisons qui ont fait penser aux Commissaires que les enfans mis dans la condition ne l'étoient pas dans la disposition, on jugeoit à propos de les y admettre dans le cas des présomptions expliquées par *Cujas* & *Dumoulin*, les Commissaires estiment qu'une seule de ces présomptions ne suffiroit pas, mais qu'il faudroit au moins que deux concourussent en leur faveur, l'une que le testateur eût expressément défendu à son héritier l'aliénation de ses biens hors de sa famille, & l'autre qu'il eût encore préféré les mâles aux filles.

Les trois présomptions remarquées par *Cujas* dans sa consultation 35 ne paroissent pas suffisantes pour pouvoir admettre à la substitution les enfans mis dans la condition.

Celle dont a parlé Dumoulin dans son conseil 7, & qu'il tire de la prohibition qui a été faite d'aliéner les biens hors de la famille, semble beaucoup plus forte & par conséquent préférable aux trois présomptions remarquées par *Cujas*.

Cependant comme elle n'empêche pas le pere d'aliéner les biens

(*a*) *Vide* Besançon sur la quest. 19.

du teſtateur au préjudice même de ſes enfans, pourvu que l'aliénation ne s'en faſſe pas hors de la famille, on ſe perſuade que ſi à la défenſe d'aliéner il y avoit encore dans le teſtament une préférence marquée en faveur des enfans mâles de l'héritier à l'excluſion des filles, il y auroit plus lieu de croire que les enfans mis dans la condition le ſont auſſi dans la diſpoſition; mais dans une matiere purement conjecturale, où l'eſprit de l'homme n'a coutume de ſe déterminer que par ce qui le ſaiſit & le frappe davantage, on pourroit laiſſer aux Juges le ſoin d'examiner la qualité des préſomptions qu'oppoſent les enfans en pareil cas; c'eſt ordinairement le parti que prend la Loi en ces rencontres; c'eſt auſſi le ſentiment de Cujas dans ſa conſultation 35.

DIJON.

Ainſi les Commiſſaires eſtiment que ſuppoſé qu'on prenne le parti d'admettre les enfans à la ſubſtitution dans le cas des préſomptions expliquées par Cujas & Dumoulin, une ſeule ne peut pas ſuffire, mais qu'il faut au moins le concours de deux préſomptions : l'une que le teſtateur ait expreſſément défendu à ſon héritier l'aliénation de ſes biens hors de ſa famille, & l'autre qu'il ait encore préféré les enfans mâles de ſon héritier aux filles; ils croient même que dans tous les cas de préſomptions qui peuvent être plus ou moins fortes, il ſeroit à propos d'en laiſſer l'examen aux Juges. Signés, de *Birbiſey*, *Bouhier*, *Lantin*, *Mairelet*, de *Minot*, *Thiery*, *Normand*, *Quarré* & *Genreau*.

FLANDRES.

Si on prenoit le parti de n'admettre à la ſubſtitution les enfans mis en condition que lorſqu'il y a des circonſtances qui peuvent faire préſumer que telle a été l'intention du teſtateur, il ne nous paroît pas poſſible de déterminer préciſément par une Loi le nombre ni la qualité des préſomptions qui ſuffiſent à cet effet; c'eſt une choſe qui devroit être laiſſée à l'arbitrage des Juges, ſuivant les circonſtances des faits & des termes des diſpoſitions qui peuvent être variées à l'infini.

Au reſte, ces queſtions ſur le nombre & la qualité des préſomptions néceſſaires pour faire juger que les enfans mis en condition ſont cenſés appellés, ne ſe ſont pas préſentées au Parlement de Flandres; elles ſont retranchées par l'Edit perpétuel de 1611, qui décide généralement que les enfans mis en condition ſont compris dans la diſpoſition. Signés, *Pollinchon*, *Pinault*, de *Bannaux*, *Douche* de *Beaulieu*, *Viſant* de *Ponange*, de *Burges*, *Biſſehop*, *Curpin*, de *Calonne*, *Vaymel*, *Duparq* & *Vermineau*.

GRENOBLE.

CETTE question a été traitée & décidée dans les réponses aux questions 25, 26, 27, 28, 29 & 30, attendu que l'Officier qui s'étoit chargé des dernieres questions a été plus diligent d'y satisfaire que l'autre. Signés, de *Gramont*, *Lacroix*, de *Sayne*, de *Loyssin*, *Morel*, *Montrivier* & *Vidault*, Procureur Général.

METZ.

POUR que les enfans mis dans la condition soient admis à la substitution, nous pensons qu'il faut au moins le concours de trois présomptions rapportées par Cujas. Signés, de *Montholon*, *Pierre*, de *Lange*, *Bertrand*, *Musac*, *Le Goulon*, de *Champel*, *Lançon* & *Bonneau*.

PAU.

NOUS n'avons point de Jurisprudence certaine au sujet du choix des présomptions qui doivent faire juger que les enfans qui ne sont que dans la condition doivent être dans la disposition; il semble même dangereux de les fixer à cause des différentes circonstances qui peuvent accompagner la présomption, & par conséquent porter de la variété dans les Jugemens.

Après avoir examiné les présomptions expliquées par *Cujas* & *Dumoulin*, nous en avons choisi quatre qui nous ont paru seules suffisantes pour faire présumer la volonté du testateur.

1°. La préférence des mâles.

2°. Lorsque les enfans sont mis plus d'une fois dans la condition, comme sans enfans, ou les enfans sans enfans.

3°. Si les enfans sont grevés eux-mêmes.

4°. La prohibition d'aliéner.

Mais à l'égard des quatre présomptions, il nous semble qu'il en faudroit deux, parce que la preuve qui vient des présomptions est ordinairement si équivoque, qu'il semble qu'une seule présomption ne doive pas suffire pour déterminer à croire que telle a été la volonté du testateur. Signés, de *Gaubert*, *Casaux*, *Mignon*, *Deodat*, *Desclaux*, *Mesplés*, *Bordenave*, *Dejean*, *Lesan*, *Bonnecase*, *Casenave* & de *Caseaux*.

M. DE GAUBERT, premier Président.

IL y a des cas & des conjectures favorables qui font présumer que l'intention du testateur a été d'appeller à la substitution les enfans de l'héritier par lui institué ou substitué, quoiqu'il ne les ait mis que dans la condition.

M. Cujas dans sa consultation 35 en observe trois.

1°. La préférence dans la vocation des mâles aux filles, cette

préférence paroissant une marque d'affection singuliere pour les mâles, qui fait conjecturer qu'ils sont compris dans la disposition. *Affectionis cujus dant precipuæ & enixæ erga masculos præclarum argumentum.*

PAU. M. DE GAUBERT.

2°. Si c'est dans une ancienne famille, maison illustre, les personnes d'une ancienne noblesse ayant fort à cœur de perpétuer leur nom & leur famille. *Nobilibus cordi esse solet, nominis & familiæ propagatio.*

3°. S'il a été d'usage & une coutume dans la famille du testateur de faire de semblables substitutions. *Consuetudo patris familiæ conjecturam facit summam.*

Claude Henrys, liv. 5, quest. 26, indique encore d'autres pressantes conjectures.

4°. S'il y a génération de degrés dans la clause réduplicative, par exemple, au cas que mon fils décede sans enfans, & ses enfans sans enfans. *Actus geminatus voluntatem enixam denotat.*

5°. Si le Testateur a défendu l'aliénation de ses biens avec prohibition de la détraction de la quarte trebellianique. *Sunt prohibiti alienare ergo vocati.*

6°. Si l'héritier ou le substitué est un parent collatéral qui ne portât point le nom & armes du substituant, & que le testament le charge, lui, ses enfans & postérité, de porter le nom & armes du testateur. *Nemo oneratus nisi honoratus.*

7°. Quand le testateur institue le substitué son fils, & les siens mâles enfans & descendans.

8°. Lorsque le testateur a fait divers degrés de substitution entre les enfans & descendans, puis appelle un étranger ou un collatéral au préjudice d'un parent plus proche.

Il semble d'abord qu'il seroit plus convenable de laisser la décision & le choix des conjectures & des présomptions à la prudence des Juges, y en ayant une foule presque infinie indiquée par les Auteurs. *Mantica de conject. ult. vol. Peregrin. de fideicom. art. 22, 42, 52.* Menochius, liv. 4, présompt. 76, marque 31 conjectures.

Henrys, tom. 1, liv. 5, quest. 26, après avoir traité la question rapporte un Arrêt du 7 Septembre 1635, qui a jugé que les enfans étoient dans la disposition ; mais il remarque qu'il y avoit trois pressantes conjectures.

1°. Plusieurs degrés de substitution pour les mâles.

2°. La condition de porter le nom & les armes.

3°. La prohibition d'aliéner la quarte trebellianique.

PAU. M. DE GAUBERT.

Marie Ricard rapporte un autre Arrêt du 3 Septembre 1627 qui jugea en conformité, mais il y avoit aussi quatre présomptions.

1°. La substitution comprenoit divers degrés.

2°. Elle regardoit uniquement les mâles.

3°. Qu'ils porteroient le nom & armes.

4°. Famille illustre.

5°. La prohibition de distraire la quarte. *Voyez Marie Ricard des substit. direct. & fidéicom. traité* 3, *chap.* 8, *sect.* 1, *part.* 1, *n.* 468.

Nous estimons que si l'on doit déterminer la qualité & la valeur des présomptions expliquées par Cujas & Dumoulin, il n'y auroit que les suivantes qu'on dût admettre. 1°. La préférence des mâles. 2°. La réduplicative des enfans mis plusieurs fois dans la condition, comme sans enfans, ou les enfans sans enfans. 3°. Si les enfans eux-mêmes sont grevés. 4°. La prohibition d'aliéner; car pour les autres conjectures la coutume ancienne de la famille de substituer de la sorte, ni de la noblesse & ancienneté de la maison, ni la prohibition de tester, ni de la qualité des biens, quand bien même toutes ces dernieres présomptions concouroient, elles ne paroîtroient point suffisantes.

Mais à l'égard des quatre présomptions ci-devant expliquées & indiquées, il semble qu'il seroit prudent de n'admettre la substitution pour les enfans que dans le concours de deux présomptions, tout au moins comme une preuve de l'intention & volonté du testateur. Les deux conjectures ou présomptions servent comme de deux témoins; d'ailleurs la preuve qui vient des présomptions étant souvent équivoque, une seule présomption ne paroîtroit point suffisante.

ROUSSILLON.

LES Auteurs du Pays de Droit Ecrit qui ont traité cette matiere, ont recueilli un grand nombre de conjectures pour faire présumer la vocation des enfans mis en condition. *Menochius* dans ses présomptions en rappelle jusques à trente-une différentes; ensorte que si elles étoient reçues, il n'y auroit presque jamais d'espece où il ne s'en rencontrât quelqu'une, & on devroit presque toujours décider en faveur des enfans mis en condition.

Les Parlemens du Royaume & les Cours souveraines des pays étrangers ont reçu celles qu'ils ont cru les plus fortes & les plus urgentes pour induire la vocation des enfans.

Le

Le Conseil souverain de Roussillon n'en a reçu que trois ; ensorte que lorsqu'il s'est présenté quelque cas à juger, dans lequel quelqu'une ou une seule de ces conjectures s'est rencontrée, il a jugé en faveur de la vocation des enfans mis dans la condition ; & lorsqu'il ne s'est pas rencontré quelques-unes de ces conjectures qui y sont reçues, quoiqu'il y en eût plusieurs des autres que les Auteurs rapportent quoique adoptées par d'autres Parlemens, il a rejetté la vocation.

Les conjectures que le Conseil souverain de Roussillon reçoit sont, 1°, Celle qui est prise de la charge de rendre imposée aux enfans mis en condition, par exemple, lorsque le testateur s'énonce ainsi : »*j'institue Pierre mon fils, & au cas qu'il décede sans* »*enfans, je lui substitue & à ses enfans, Jean.*

Cette conjecture, suivant presque tous les Auteurs, est la plus pressante, & on peut même dire que la vocation, dans ce cas, est plutôt une conséquence nécessaire de la charge ; car on ne sauroit supposer la charge de rendre imposée aux enfans mis en condition, qu'on n'en infere nécessairement leur vocation ; d'autant qu'il est de regle que le testateur ne peut charger de restituer en son nom que ceux qu'il fait participans de sa disposition, *ab eo enim qui neque legatum neque fideicommissum, neque hereditatem vel mortis causa donationem accepit, nihil per fideicommissum relinqui potest.* dit la Loi 9, *de fideicomm.* au Code.

La seconde conjecture reçue dans le Conseil souverain de Roussillon, est celle qui est prise de la vocation expresse des enfans des substitués plus éloignés appellés par la vulgaire.

De cette vocation (pour une substitution vulgaire des enfans des substitués plus éloignés) on en induit une substitution fidéicommissaire en faveur des enfans du premier institué mis seulement en condition.

Cette conjecture de vocation est prise de la prédilection qu'on suppose des enfans de l'héritier, & qu'on induit de la préférence qui a été donnée à leur pere par le testateur en l'appellant le premier à la succession ; car, dit-on, si le testateur, pour marquer sa prédilection en faveur de l'ainé l'a institué son héritier, & n'a appellé ses autres fils qu'après lui, il y a apparence qu'il n'a pas eu une moindre prédilection pour ses enfans qu'il a mis en condition en concurrence des enfans des substitués ; or s'il a appellé expressément les enfans des substitués à la succession, il est à présumer qu'il a aussi voulu appeller les enfans de son héritier pour

ROUSSILLON.

lequel il a marqué une préférence, & qu'en défaut de leur pere, il a voulu aussi les appeller à la succession par préférence aux autres.

Cette conjecture n'est pas à la vérité si pressante que la premiere, & elle laisse après elle quelque doute de cette volonté présumée du testateur, mais ce n'est aussi qu'une conjecture; car s'il ne restoit aucun doute, ce ne seroit plus une conjecture, mais une preuve certaine & constante de la volonté du testateur. Cette conjecture est approuvée par un grand nombre d'Auteurs de nom, & reçue de plusieurs Sénats sans difficulté.

La troisieme conjecture qui est reçue dans le Conseil souverain de Roussillon est prise de la vocation de l'étranger substitué en dernier lieu, après que le testateur a fait plusieurs degrés de substitution parmi ses enfans.

Cette conjecture est fondée sur la prédilection qu'on suppose dans le testateur pour ses descendans plutôt que pour un étranger, & sur une raison *à fortiori* tirée de la conjecture précédente; car, dit-on, si la vocation des enfans du dernier substitué fournit une conjecture de vocation en faveur des enfans de l'héritier ou des premiers substitués fondée sur la prédilection des premiers, à plus forte raison doit-on dire que la vocation de l'étranger doit fournir une pareille conjecture en faveur des enfans de l'héritier ou des précédens substitués descendans du testateur mis seulement en condition.

Il paroît même plus naturel que la substitution fidéicommissaire faite en faveur de l'étranger influe & fasse présumer une pareille substitution en faveur des enfans mis en condition, que non pas que la substitution vulgaire des fils du dernier substitué en fasse présumer une fidéicommissaire en faveur des enfans de l'héritier; ensorte qu'il semble que dès qu'on reçoit cette derniere, on doit de toute nécessité recevoir l'autre comme plus pressante.

Le Conseil souverain de Roussillon qui ne reçoit que ces trois conjectures, ne reçoit pas par conséquent celles qui sont rapportées par *Cujas* dans sa consult. 35. *Dumoulin* rapporte la conjecture prise de la charge de rendre imposée aux enfans que le Conseil de Roussillon adopte.

Ce Conseil juge que le moins que l'on peut recevoir de ces conjectures pour faire présumer un fidéicommis ce n'est que le mieux, pour ne pas s'exposer à renverser la volonté du testateur, qui, dans le cas de l'existence des enfans de l'héritier, veut laisser

les biens libres à son fils, ce qui est l'effet naturel de la condition. Signés, *Deponte*, *d'Albaret*, *Delpont*, de *Villars*, *Collarés*, *Bonnet* & *Romanya*, *Gispert*, de *Fulla*, *Regnés*, *Desprès*, *Bonnet* & *Sans*. ROUSSILLON.

Cujas dans sa consult. 35, & *Dumoulin* dans son conseil 7, ont deux objets différens. Le premier, est d'établir que dans certains cas les enfans mis dans la condition sont censés mis dans la disposition. Le second, est de prouver qu'il y a des conjectures & des circonstances qui font présumer qu'une substitution est graduelle & perpétuelle quoiqu'elle ne le paroisse pas d'abord. TOULOUSE.

Pour remplir le premier objet, une seule conjecture suffit; mais pour remplir le second, il faut le concours de toutes les conjectures que ces Auteurs ramenent dans leur dissertation, c'est-à-dire la préférence des mâles, la noblesse & la coutume de la famille, la réduplicative ou gémination des degrés, la prohibition d'aliéner & de détruire, & l'injonction de porter à perpétuité le nom & armes du testateur.

La noblesse & la coutume de la famille ne servent de rien pour décider la question proposée.

Mais lorsque les enfans sont dans la réduplicative, ou appellés sous le nom de mâles, on les regarde comme disjonctivement appellés.

Nous croyons encore qu'il en seroit de même si le testateur défendoit aux enfans mis dans la condition l'aliénation de ses biens & toute détraction, *prohibiti sunt alienare*, *ergo vocati*; & s'il les chargeoit par le même testament de faire ou de donner quelque chose, ou même de porter son nom & ses armes, *quia quem non honoro*, *gravare non possum*.

Hors de ces cas les enfans mis dans la condition ne sont jamais censés mis dans la disposition, & nous croyons qu'une seule des présomptions qui ont été ramenées suffit pour les faire comprendre dans la disposition, si l'on en excepte la noblesse & la coutume de la famille qui ne sont d'aucune considération à cet égard.

Mais pour faire déclarer une substitution graduelle & perpétuelle qui semble ne l'être pas, il faut le concours de toutes les présomptions. Signés, le *Président Daspe*, *Comere* de *Labastide*, *Pegueyroles*, *Bastard*, de *Catellan-Lamasquere*, *Azemar*, *Cassand*, *Aymar*, *Caussade*, de *Celés*, *Parasa*, *Daspe* de *Meillan*, & *Le Masuyer*, Procureur Général.

PARIS.
M. le Procureur Général.

VINGTIEME QUESTION.

SUPPOSÉ que l'on prenne le parti de les admettre à la substitution dans le cas des présomptions expliquées par Cujas & Dumoulin, le concours de toutes ces présomptions, ou de deux au moins, est-il nécessaire, ou une seule peut-elle suffire?

VINGT-UNIEME QUESTION.

SI lorsque la condition est conçue en ces termes : En cas de décès sans enfans mâles, *cette seule qualité de mâles suffit pour mettre les enfans dans la disposition, quoiqu'il n'y ait aucune autre circonstance ni présomption?*

VINGT-DEUXIEME QUESTION.

SI l'on doit dire que les enfans mâles sont compris dans la disposition lorsque la condition est conçue en ces termes : sans enfans mâles ni filles?

VINGT-TROISIEME QUESTION.

SI lorsque la condition est redoublée & que le Donateur ou le Testateur s'est servi de ces termes : Au cas de décès sans enfans, & des enfans sans enfans, *cela suffit pour mettre les enfans dans la disposition?*

S'IL y a quelque différence à faire lorsque la condition est redoublée par la particule disjonctive, ou, *en ces termes :* En cas de décès sans enfans, *ou* des enfans sans enfans?

VINGT-QUATRIEME QUESTION.

SI pour faire cesser toutes les disputes & prévenir tous les procès qui naissent touchant les enfans mis dans la condition, il seroit utile d'établir pour regle générale qu'ils sont indistinctement dans la disposition, comme on l'a fait dans quelques pays étrangers?

VINGT-CINQUIEME QUESTION.

S'IL ne seroit pas plus simple d'établir la regle contraire, c'est-à-dire qu'à l'avenir les enfans qui ne seront que dans la condition ne seront en aucun cas censés compris dans la disposition, & malgré le concours des présomptions reçues en cette matiere?

On a cru qu'il étoit nécessaire de traiter ensemble toutes ces questions, parce que les difficultés de résoudre les premieres ont paru de très-grands motifs pour la décision des deux dernieres.

On a cru devoir écarter d'abord la vingt-deuxieme question : si on décide dans la dix-neuvieme que les enfans dans la condition ne sont pas dans la disposition, il n'a pas paru possible de décider d'une maniere différente, lorsque la clause se trouve conçue en ces termes : *sans enfans mâles ni filles.*

Cette clause n'est qu'une explication plus exacte de la clause générale sans enfans ; elle est plus foible pour présumer les enfans dans la disposition que celle *sans enfans mâles.*

Si donc on décidoit que la clause *sans enfans mâles* ne suffiroit pas pour mettre les enfans dans la disposition, celle-ci ne pourroit certainement pas avoir cet effet ; mais on a cru que quand même on décideroit pour la substitution aux enfans mâles, sur la clause *sans enfans mâles*, celle *sans enfans mâles ni filles*, devroit avoir le même sort que la clause générale *sans enfans.* C'est aussi le sentiment unanime de toutes les Cours, hors le Conseil d'Alsace, dont les raisons ont paru trop foibles pour s'écarter de l'avis commun.

On a cru devoir encore écarter la vingt-unieme question, & quoique la clause *sans enfans mâles* soit plus forte que la simple clause *sans enfans*, & que celles *sans enfans mâles ni filles*, pour faire présumer les enfans mâles dans la disposition, on a pensé qu'elle ne suffisoit pas encore pour étendre la disposition à des enfans qui ne paroissent être que dans la condition.

En effet toutes les Cours, si on en excepte le Parlement de Toulouse & le Conseil d'Alsace, ne croient pas que la seule qualité des mâles soit suffisante pour présumer les enfans dans la disposition ; le Parlement de Flandres ne le décideroit pour les mâles qu'en cas qu'on jugeât qu'une seule conjecture suffit ; mais dans la these générale il croit qu'on doit décider pour la pluralité des conjectures, & il paroît difficile de ne pas se ranger à l'avis du plus grand nombre quand on examine les véritables principes.

Pour présumer une substitution qui n'est point expresse dans l'acte même, il semble qu'il soit nécessaire que les termes de l'acte portent à l'esprit une conviction entiere de la volonté du substituant ; or quoique cette condition de mâles puisse être très-puissante elle n'est pas convaincante, la clause elle-même n'est *qu'une condition plus restreinte* que celle des enfans en général,

PARIS.

mais c'eſt toujours une condition qui *ne peut* donner aux enfans mâles *d'action* contre leur pere ; leur exiſtence exclut la ſubſtitution, mais elle ne leur donne aucun droit ; cela ſeroit d'une conſéquence dangereuſe, parce que ce ſeroit opérer ; ſur une préſomption très-incertaine, l'excluſion des filles, & la nullité des aliénations & des hypotheques, dans le temps qu'il n'y a aucune clauſe qui charge l'inſtitué de reſtitution envers les mâles & qui le greve dans ce cas. La condition, comme dit *Ricard*, eſt une clauſe en faveur du pere qui le laiſſe libre par la conſidération qu'il a mis des enfans au monde.

Nota. Le pere reſte libre au cas qu'il ait un fils, c'eſt une récompenſe Il eſt grevé dans le cas contraire, c'eſt une peine. Le teſtateur a voulu exciter l'inſtitué à avoir des enfans mâles légitimes.

En un mot c'eſt une condition, qui ſuivant la notion commune ne diſpoſe point, & il ne paroît pas que la qualité de mâles y ajoute aſſez pour en faire changer la nature ; & ce qui ſemble devoir achever de déterminer à ce ſentiment, c'eſt que le teſtateur ayant pu s'expliquer plus clairement, & ne l'ayant pas fait, il eſt préſumé n'avoir point voulu former dans ce cas de ſubſtitution.

C'eſt auſſi le ſentiment univerſel des meilleurs Auteurs, & le vœu des arrêtés de feu M. le Préſident de Lamoignon.

Ces deux queſtions écartées, on eſt entré dans l'examen de quatre autres.

Elles ont paru ſe réduire à ſavoir, s'il eſt convenable d'établir une regle certaine à l'avenir ſur ces différentes queſtions, ou s'il convient mieux de laiſſer tout à la liberté des Juges.

Sur le premier point le ſentiment des Cours ſe trouvent aſſez partagés ; mais on a cru qu'on ne pouvoit ſe refuſer à un avis qui couperoit racine à un grand nombre de procès, qui rendroit inutile des diſſertations immenſes répandues dans les Juriſconſultes & dans tant d'Auteurs, & qui d'ailleurs ne peut jamais faire aucun préjudice à la volonté du ſubſtituant, puiſqu'il a la voie d'expliquer diſertement ſa volonté.

Mais pour établir une regle fixe, il faut ou régler que dans tous les cas les enfans ſeront dans la diſpoſition, ou fixer le nombre & la qualité des conjectures qui pourront les y faire préſumer, ou ſe borner à la condition redoublée, ou décider enfin qu'ils ne ſeront jamais dans la diſpoſition.

On n'a pas cru d'abord qu'il fût poſſible d'établir pour regle, que dans tous les cas les enfans ſeroient préſumés dans la diſpoſition pour pluſieurs raiſons.

La premiere, que ce ſeroit heurter le principe commun.

La seconde, que ce seroit aller contre l'esprit général de la Jurisprudence Française, qui ne tend pas à augmenter le fidéicommis, encore moins les induire d'une simple conjecture.

La troisieme, savoir si on admettra quelques conjectures, ou si on les exclura toutes.

La seule conjecture de la condition redoublée se trouve partagée entre les Cours; elle a donné lieu à des sentimens très-différens entre les Auteurs, & elle a fait l'objet d'une dissertation savante de Ricard, qu'on peut dire avoir épuisé la matiere par les distinctions dans lesquelles il est entré, & qui peuvent donner un grand jour pour la décision.

Il s'en faut beaucoup que les Cours, qui ont donné leur suffrage, aient pénétré aussi avant dans les difficultés de cette question que l'a fait Me. Ricard, elles se sont presque contentées des motifs généraux pour appuyer leur avis.

Les Parlemens de Toulouse, de Bordeaux, de Grenoble & le Conseil d'Alsace, qui tiennent pour la réduplicative dénuée de toutes circonstances se contentent de dire, que le testateur qui a voulu que la substitution n'eût lieu qu'en cas de décès sans enfans, ou des enfans sans enfans, est censé avoir compris les enfans dans la disposition, & qu'on ne peut en avoir de preuves plus claires.

Les Parlemens d'Aix, de Pau, de Flandres, de Dijon, de Besançon, de Metz, & le Conseil de Roussillon, qui tiennent pour l'avis contraire, se fondent sur ce que la condition, quoique redoublée, n'est toujours qu'une condition.

On ne parlera point d'une autre question subordonnée dans le cas du premier avis, c'est de savoir, *si les petits-enfans seroient alors censés dans la disposition?* Parce qu'il ne paroît pas qu'aucune Cour l'ait pensé, si ce n'est dans le cas d'une clause doublement géminée, *& les enfans des enfans sans enfans*, clause qui n'a peut-être jamais eu d'exemple.

Il paroît donc nécessaire d'entrer plus avant dans les motifs qui peuvent servir à la décision, c'est-à-dire qui peuvent faire juger sainement de la volonté du défunt.

Or il ne semble pas qu'on puisse suivre une route plus lumineuse que celle qu'a suivi Ricard, en distinguant si le substituant a employé le terme *je lui substitue*, ou *je leur substitue*; c'est une vue qu'a eu aussi le Parlement de Pau. Ricard a ajouté un troisieme cas, c'est celui où le défunt auroit employé une expression impersonnelle, *je substitue*, cas qu'aucune Cour n'a prévu.

PARIS.

Il eſt bien difficile, dans le cas de la clauſe *je lui ſubſtitue*, de ne pas exclure les enfans de la diſpoſition, parce que le ſubſtitué ne l'eſt qu'à l'inſtitué, que l'inſtitué n'eſt grevé qu'envers le ſubſtitué, & qu'ainſi les enfans & petits-enfans ne ſont dans la clauſe que pour fixer une ſimple condition de leur exiſtence au jour du décès de l'inſtitué; & ſi la plupart des Cours ne jugent pas en ce cas, les enfans des enfans dans la diſpoſition, le même principe, la même vue ſemble devoir former la même déciſion pour les enfans.

Mais ſi au contraire le défunt s'eſt ſervi du terme *je leur ſubſtitue*, il eſt difficile de douter qu'il n'ait voulu les inſtituer, puiſqu'il paroît avoir voulu que le ſubſtitué prît le fidéicommis de leur main; tout ce qu'on peut dire pour appuyer ce ſentiment, & tout ce qu'on peut citer de Loix, des Juriſconſultes & de nos Auteurs, ſe renferme dans ces principes, *nemo oneratus niſi honoratus*.

L'expreſſion imperſonnelle peut ſouffrir un doute plus conſidérable, & quoique de cette expreſſion générique on puiſſe en induire que l'intention du ſubſtituant a été de la rapporter aux enfans auſſi-bien qu'au pere, comme le penſe Ricard, il eſt cependant bien difficile de former, ſur une ſi légere conjecture, une préſomption de fidéicommis, pour lequel il faut, ou une volonté expreſſe, ou une volonté tacite, mais qui porte la conviction à l'eſprit. Or pourroit-on jamais ſe convaincre qu'une expreſſion *je ſubſtitue*, ſoit aſſez différente de *je lui ſubſtitue*, pour avoir formé une différence dans l'eſprit du teſtateur, & pour avoir fait ſur lui une impreſſion différente, quand il eût pu (s'il avoit voulu) ſe ſervir de celle *je leur ſubſtitue*.

Ricard, à la vérité, dans ce dernier cas diſtingue ſi la clauſe *ſans enfans & des enfans ſans enfans* ſe trouve avec la conjonctive & ou avec la disjonctive *ou*; mais eſt-ce par deux lettres changées dans une clauſe qu'on décidera de la volonté de celui qui n'a pas peut-être fait la moindre attention à cette différence? ſans invoquer la diſpoſition de la *Loi 6*, *au code de inſtit. & ſubſtit.* & la note de *Godefroy* qui décident que la particule disjonctive ſe réſout dans la conjonctive dans des cas pareils à celui-ci; il ſuffit de ſavoir que ces ſortes de ſubtilités de droit ne doivent point déterminer le ſens d'un acte, ni l'intention de celui qui l'a dicté; que le plus grand nombre des donateurs & des teſtateurs ne ſentent pas aſſez la différence de la particule *&*, & de la particule *ou*, pour

pour croire que l'un ou l'autre doivent faire une différence dans leur disposition ; aussi cette difficulté, qui est le second membre de la question proposée, n'a pas fait le moindre doute dans les mémoires envoyés par toutes les Cours, qui ont pensé unanimement que l'une ou l'autre de ces deux particules doit avoir le même effet.

Dans cette vue on a pensé que dans la question générale la condition redoublée ne pouvoit faire entrer dans la disposition les enfans qui n'étoient que dans la condition, & on a pensé en même temps que le cas de la clause *je leur substitue* ne devoit point former d'exception à la décision de la question générale, parce que cette clause dénature la question ; que suivant cette clause *les enfans sont vraiment & réellement dans la disposition*, & que cette observation pouvoit faire naître seulement dans la décision de la question proposée une réserve si on le jugeoit nécessaire.

Cette question résolue, il a paru qu'il ne restoit de parti à prendre que pour fixer le nombre & la qualité des conjectures qui pourroient faire présumer les enfans dans la disposition, ou pour les bannir toutes sans aucune exception.

Si on choisit quelques conjectures, il semble qu'il soit nécessaire ou de se contenter d'une, ou de les exiger toutes, ou de n'en exiger qu'un certain nombre, ou de laisser tout à l'arbitrage du Juge.

Ce dernier parti paroîtroit d'abord certainement le plus équitable & le plus conforme à la raison. Tout ce qui dépend d'une volonté présumée de celui qui a formé la substitution, ne paroît pouvoir se décider que par la lecture exacte & réfléchie de l'acte même : le Juge se met alors à la place du substituant ; il examine nonseulement la clause dont il s'agit, mais ce qui précede & ce qui suit ; il lit l'acte depuis son commencement jusqu'à la fin ; il peut se faire que par tout le contexte de l'acte, une seule des circonstances dont parle Cujas & Dumoulin, puisse faire croire que celui qui l'a dicté a eu intention de mettre les enfans dans la diposition ; peut-être le contexte d'un autre acte, malgré deux ou trois circonstances réunies feront présumer le contraire : or on en peut dire autant de la qualité de ces circonstances : en un mot, à traiter la question en regle, la plus exacte justice sembleroit exiger qu'on laissât la décision à la liberté entiere du Magistrat, aussi c'est le sentiment de Bordeaux, de Flandres & de Dijon.

Mais ce feroit aller aussi contre l'objet qu'on a en vue de di-

PARIS.

minuer le nombre des procès ; d'ailleurs que d'avis différens entre les Juges ! Une clause qui frappe l'un ne fait pas la moindre impression sur un autre : tout le contexte d'un acte sera lumineux, selon celui-ci, pour présumer les enfans dans la disposition ; il sera lumineux, selon l'autre, pour les en exclure, & on a déja dit que le retranchement des procès devoit déterminer à exclure ce parti.

Personne n'ignore que les conjectures de Cujas & de Dumoulin sont la qualité des mâles appliquées aux enfans, la noblesse, l'usage dans la famille, la gémination des degrés, la prohibition d'aliéner & celle de la quarte, l'injonction de porter le nom & les armes, d'autres y ont ajouté le cas où les enfans paroissent grevés.

Quoique le Parlement de Toulouse & le Conseil d'Alsace & de Roussillon, & même le Parlement de Grenoble, n'exigent qu'une des conjectures, on avoue qu'on auroit peine à proposer une Loi qui supposât à un substituant la volonté d'appeller des enfans qui ne sont point dans la disposition, sur le fondement d'une seule conjecture qui peut être très-fautive : la restriction même que le Parlement de Toulouse & le Conseil de Roussillon mettent à leur avis, pourvu que la conjecture soit une des trois qu'ils désignent, & qui sont différentes dans l'une & dans l'autre de ces deux Cours ; la limitation du Parlement de Grenoble qui n'exige qu'une seule conjecture (mais pourvu que ce soit celle de la réduplication) la condition enfin du Conseil d'Alsace, pourvu que la condition marque une certitude que la volonté du testateur a été d'appeller les enfans, ce qui semble réduire tout à l'arbitrage ; toutes ces variations font bien connoître la difficulté de se borner à une seule conjecture.

D'en admettre plusieurs est encore un parti très-difficile à rédiger dans une Loi ; car quel nombre en exigera-t-on & de quelle qualité ? Le Parlement d'Aix & celui de Metz en veulent trois, & ils les désignent ; mais elles ne sont pas les mêmes ; le Parlement de Pau & M. le premier Président de Gaubert se contentent de deux du nombre de celles qu'il désigne ; celui de Besançon en voudroit quatre ou même cinq. Il est aisé de voir par-là combien la Loi seroit impossible.

Tant de difficultés conduisent naturellement à exiger toutes les conditions de Cujas & de Dumoulin, pour induire une substitution fondée sur de simples conjectures : pour ajouter au texte de l'acte même, il faut du moins que toutes les conjectures possibles soient

rassemblées, on ne peut trop en exiger pour rassurer la conscience des Juges.

PARIS.

Mais en ce cas on dira que celles de *Cujas* & de *Dumoulin* ne sont pas encore suffisantes; il est certain en effet qu'elles pourroient se rencontrer dans un testament, sans que le testateur eût eu intention de mettre les enfans dans la disposition : on dira donc qu'il faut admettre celles que d'autres Auteurs ont imaginé; mais cela devient immense, on pourroit en compter jusqu'à 60; une Loi n'est point susceptible de ce détail, & tant de difficultés dans tous ces différens partis fait tomber insensiblement dans celui d'exclure toute sorte de conjectures.

C'est le sentiment de M. Le Bret de les rejetter toutes, ç'a été le vœu des arrêtés de M. le premier Président de Lamoignon.

C'est ce qui formera la regle la plus uniforme, & c'est ce qui formera aussi la Loi la plus avantageuse; elle sera conforme, comme on l'a dit, au principe commun & reçu dans le cas qu'il n'y a aucune conjecture; elle entrera dans l'esprit général de la Jurisprudence Française, qui ne tend pas à augmenter les fidéicommis, encore moins à les induire d'une simple conjecture de volonté qui n'est pas expresse; & la Loi étant faite, le donateur ou le testateur sera le maître de former une substitution expresse.

On voit d'ailleurs que c'est l'avis des Parlemens de Grenoble, d'Aix & de Pau, & quoique celui de Bordeaux, de Toulouse, de Dijon & le Conseil de Roussillon, panchent à laisser les Juges les maîtres de juger les présomptions, ou à en admettre un certain nombre, ils excluent toujours le parti de juger les enfans dans la disposition quand il n'y a aucune conjecture, & c'est juger que si on établit une regle fixe, on ne peut suivre ce parti.

Il n'y a donc à vrai dire que le Parlement de Flandres & le Conseil d'Alsace qui soient d'un avis contraire; mais l'un entraîné par l'Edit perpétuel, & l'autre pensant qu'il ne faut rien fixer, se déterminoit (si l'on vouloit établir une regle) à décider pour censer dans tous les cas les enfans dans la disposition, quoiqu'ils aient suivi & appuyé le sentiment contraire sur la 19e. question, ce qui implique contradiction.

La pluralité des suffrages est une raison assez forte pour se déterminer à l'opinion contraire puisqu'elle est si peu solidement combattue, & qu'elle est d'ailleurs si expressément autorisée par les arrêtés de M. le premier Président de Lamoignon. La lecture des

PARIS.

quatre articles, aussi-bien que les mémoires de M. Auzanet, font connoître combien ils ont été réfléchis.

On a seulement rappellé ce qu'on avoit pensé sur le cas où les enfans sont grevés, comme ils le sont par la clause *je leur substitue*, parce que alors ce n'est plus un fidéicommis par induction, c'est un véritable *fidéicommis* qu'on appelle assez communement *implicite* ; mais quelque dénomination qu'on lui donne, il est alors exprimé dans des termes, qui, sans être ceux qu'on emploie ordinairement, marquent cependant avec évidence la volonté du substituant.

Ainsi on a estimé, sur toutes ces questions, que pour faire cesser toutes les disputes & prévenir tous les procès qui naissent touchant les enfans mis dans la condition, il seroit utile d'établir, pour regle générale, *qu'à l'avenir les enfans qui ne seront que dans la condition ne seront dans aucun cas censés compris dans la disposition, nonobstant toutes conjectures ou présomptions de volonté, à moins qu'il n'y ait une vocation expresse en leur faveur, ou qu'ils ne soient eux-mêmes grevés & chargés de restituer.*

On se porteroit même, par les raisons qu'on a expliqué sur la 19e. question, à étendre cette décision à tout le Parlement de Flandres.

On a cru qu'il seroit plus avantageux que *l'Edit perpétuel fût aboli en ce point.*

VINGT-UNIEME QUESTION.

Si lorsque la condition est conçue en ces termes, au cas de décès sans enfans mâles, *cette seule qualité de mâles suffit pour mettre les enfans dans la disposition, quoiqu'il n'y ait aucune autre circonstance ni présomption ?*

AIX. M. LE BRET, premier Président.

LA condition conçue sous les termes exprimés dans cet article ne sauroit suffire, suivant la Jurisprudence de ce Parlement (*a*).

L'on ne croit pas, en Provence, que la condition *en cas d*

(*a*) *Duperier*, tom. 1, pag. 510.

décès sans enfans mâles, mette les enfans dans la disposition à moins qu'il n'y eût des circonstances, présomptions ou conjectures capables de produire cet effet; mais c'est ce qu'il faudroit retrancher de la Jurisprudence, comme inutile au bien public, & uniquement bon à aiguiser l'esprit des Jurisconsultes.

AIX.

EN Provence la seule qualité de mâles ne suffit pas pour mettre dans la disposition au cas de décès sans enfans mâles, n'y ayant aucune autre circonstance ni présomption.

M. DECORMIS, Avocat.

QUOIQUE de toutes les circonstances qui peuvent faire présumer que les enfans mis dans la condition sont censés compris dans la disposition, il n'y en ait pas de plus forte & de plus pressante que l'expression de la qualité de mâles, cependant nous ne croyons pas que quand elle est seule, & qu'elle n'est aidée par aucune autre conjecture, elle suffise pour produire cet effet. Signés, *Gillet* de *Lacase*, *Le Berthon*, *d'Albessard*, *Bigot*, *Jegun*, *Le Moncreau*, *Loyal*, *Dudon*, *Du Vigier* & de *La Tresne*.

BORDEAUX.

BESANÇON a répondu à cette question en traitant la question dix-neuvieme.

BESANÇON.

LA condition proposée dans cette question nous paroît renfermer en soi toutes les circonstances & les présomptions capables de déterminer & de faire pénétrer qu'elle a été l'intention du testateur; ainsi nous ne doutons point que conformément à cette intention, les enfans ne soient dans la disposition sans avoir besoin d'aucune autre circonstance ni présomption. Signés, de *Corbeson*, *Holdt*, *Muller* & *Mulle*.

COLMAR.

QUOIQUE Cujas dans sa consult. 35 ait tiré de la qualité de mâle une forte présomption, pour lui faire croire que les enfans mis dans la condition le sont aussi dans la disposition; & quoique, à son exemple, plusieurs Auteurs considérables comme *Boerius*, *décision* 147. *Expilly*, *chap.* 9, *n.* 5. *Duperier*, *liv.* 4, *quest.* 2. *Lapeyrere*, *lettre S*, *n.* 5, *& Catellan*, *chap.* 62, soient de ce même avis, les Commissaires n'estiment pas cependant qu'après avoir dit sur la question 20, qu'il falloit au moins le concours de deux présomptions pour pouvoir faire présumer que les enfans mis dans la condition le soient aussi dans la disposition, la seule

DIJON.

DIJON. qualité de mâles, séparée de toute autre circonstance, soit suffisante pour les y mettre.

Ainsi ils croient que lorsque la condition est conçue dans ces termes, au cas de décès sans enfans mâles, cette seule qualité de mâles ne suffit pas pour mettre les enfans dans la disposition, quand il n'y a aucune autre circonstance ni présomption. Signés, de *Birbisey*, *Bouhier*, *Lantin*, *Mairelet*, de *Minot*, *Thiery*, *Normand*, *Quarré* & *Genreau*.

FLANDRES. CETTE question ne s'est pas présentée au Parlement de Flandres, & elle ne peut avoir lieu dans les Provinces de son ressort à cause de l'Edit perpétuel de 1611, qui décide en général que les enfans mis en condition sont censés appellés après leur pere.

Quant aux Provinces qui n'ont pas une pareille Loi, nous avons estimé, sur la question précédente, qu'il ne convenoit point de déterminer le nombre ni la qualité des présomptions qui suffisent pour admettre à la substitution les enfans mis dans la condition; mais si l'on prenoit le parti de déclarer qu'une seule peut suffire, nous estimons que la condition *au cas de décès sans enfans mâles*, est une de celles qui pourroient être jugées suffisantes, parce que cette condition marque une prédilection en faveur des mâles qui fait présumer que le testateur les a voulu appeller. Signés, *Pollinchonc*, *Pinault* de *Banneaux*, *Douche* de *Beaulieu*, *Visant* de *Ponange*, de *Burges*, *Bissehop*, *Curpin*, de *Calonne*, *J. Vaymel*, *Duparq* & *Vermineau*.

GRENOBLE. CETTE question a été traitée & décidée dans la réponse aux questions 25, 26, 27, 28, 29 & 30, attendu que l'Officier qui s'étoit chargé des dernieres questions, a été plus diligent à y satisfaire que l'autre. Signés, de *Gramont*, *Lacroix*, de *Sayne*, de *Loyssin*, *Morel*, *Montrivier* & *Vidault*, Procureur Général.

METZ. LA condition aux termes de cette question ne nous paroît pas suffisante pour mettre les enfans dans la disposition. Signés, de *Montholon*, *Pierre*, de *Lange*, *Bertrand*, *Musac*, *Le Goulon*, de *Champel*, *Lançon* & *Bonneau*.

PAU. NOUS avons remarqué sur la question précédente que nous croyons que la préférence des mâles ne suffit pas seule, & qu'il faudroit le concours d'une autre présomption pour pouvoir s'assu-

rer, en quelque maniere, de la volonté du testateur. Signés, de *Gaubert*, de *Casaux*, *Mignon*, *Deodat*, *Desclaux*, *Mesplés*, *Bordenave*, *Dejean*, *Lesan*, *Bonnecase*, *Casenave* & de *Caseaux*.

METZ.

RICARD, des substitutions directes & fidéicommissaires, traité 3, *chap.* 8, *sect.* 1, *part.* 1, *n.* 484, croit que cette circonstance seule n'est point suffisante pour induire un fidéicommis tacite en faveur des enfans mâles; car quoique cette présomption soit pressante, elle ne paroît point suffisante; car si le testateur a considéré les mâles, l'on peut dire, dans la vue de conserver au pere la liberté, que cela a été pour son avantage & pour les avoir mis au monde, & non pour faire un fidéicommis tacite; & par cette seule qualité de mâles, il n'est point juste d'empêcher que l'institué ne demeure le maître absolu de sa famille & des biens, sous prétexte d'une condition qui doit lui être avantageuse & agréable.

PAU.
M. DE GAUBERT.

Guy Pape, *quest.* 184, rapporte un Arrêt du Parlement de Grenoble du 10 Juin 1451, rendu contre son avis, par lequel il fut jugé qu'une semblable condition, *si l'héritier meurt sans enfans mâles je substitue Pierre*, n'étoit point suffisante pour induire un fidéicommis tacite en faveur des mâles. *Guy Pape* prétend que, *liberi testatoris censentur substituti in bonis testatoris saltem ex tacita mente testatoris*, par la présomption *& eo quod masculi includuntur videntur fœminæ exclusæ*: il se fondoit sur le sentiment de Barthole & de Balde.

Pour le Parlement de Bordeaux, *Boerius*, *décision* 155, *n.* 18 *&* 19, rapporte un Arrêt du 14 Août 1537 contraire, qui jugea que les enfans mâles étoient appellés dans la disposition, & suffisamment appellés au fidéicommis; mais il y ajoute qu'il y avoit ces circonstances, 1°. Que la disposition avoit été faite dans une famille noble. 2°. Qu'il étoit d'un usage de tout temps, dans cette famille, de destiner les biens pour les enfans mâles, les filles réduites à la simple légitime. *Scipion Duperier*, *liv.* 4, *quest.* 2, pense également que la qualité des mâles plusieurs fois répétée, prouve suffisamment & induit le fidéicommis tacite en faveur des enfans mâles. *Lapeyrere*, *lettre S*, *n.* 85, dit que si la substitution est faite en cas de décès de l'héritier sans enfans mâles, la qualité de mâles induit vocation en faveur de l'enfant mâle de l'héritier. *Lapeyrere* après avoir indiqué divers Docteurs pour & contre la proposition, atteste qu'il a vu des Arrêts du Parlement de Bordeaux conformes à la décision.

PAU.
M. DE GAUBERT.

Nous croyons, sur les raisons touchées sur les questions précédentes, que cette présomption au cas de décès sans enfans mâles, que cette seule qualité de mâles ne suffit point pour induire un fidéicommis & pour mettre les enfans dans la disposition ; il faudroit du moins le concours d'une autre présomption, comme on l'a cru sur la question précédente.

ROUSSILLON.

De ce qu'on a dit sur la question précédente, on peut inférer aisément que la seule qualité de mâles, ajoutée à la condition, ne seroit pas suffisante pour obliger le Conseil souverain de Roussillon à déclarer que les enfans sont compris dans la disposition sans le secours de quelqu'autre conjecture. Cette expression serviroit seule pour donner ouverture au fidéicommis en faveur des substitués, dans le cas que l'héritier n'auroit que des filles.

S'il concouroit quelqu'autre conjecture, de celles qui sont reçues, pour faire présumer que le testateur a voulu appeller les enfans qu'il a seulement mis en condition, la qualité de mâles, qu'il ajoute à la condition, feroit présumer que le testateur a voulu faire un fidéicommis masculin, duquel il a voulu exclure les filles; mais on ne juge pas que cette seule qualité de mâles, sans le secours d'aucune autre conjecture, soit capable de faire présumer un fidéicommis en faveur des enfans mis seulement en condition. Signés, *Deponte*, *d'Albaret*, *Dupont*, de *Villars*, *Collarés*, *Bonnet* de *Romanya*, *Gispert* de *Fulla*, *Regnés*, *Després*, *Bonnet* & *Sans*.

TOULOUSE.

La seule qualité de mâles suffit pour mettre dans la disposition les enfans qui ne sont que dans la condition (*a*), parce qu'elle renferme une préférence & une volonté constante de la part du testateur de conserver les biens dans la famille de l'héritier grevé, ce qui ne peut se faire qu'en supposant qu'ils soient dispositivement appellés. *Liberi in conditione positi, non sunt in dispositione, nisi sint in reduplicativa vel sub nomine masculorum.*

Nous croyons donc, qu'indépendamment de toute autre circonstance, la seule qualité de mâles suffit pour mettre dans la disposition les enfans qui ne sont pas dans la condition. Signés, le *Président Daspe*, *Comere* de *Labastide*, *Pegueyroles*, *Bastard*, de *Catellan-Lamasquere*, *Azemar*, *Cassand*, *Aymar*, *Caussade*, de *Celés*, *Parasa*, *Daspe* de *Meillan* & *Le Masuyer*, Procureur Général.

PARIS.

Paris sur la question vingtieme. *Idem.* Besançon.

(*a*) Catellan, liv. 2, chap. 62, Guy Pape, quest. 184, *& ibid.* Ferriere.

VINGT-

VINGT-DEUXIEME QUESTION.

Si l'on doit dire que les enfans mâles sont dans la disposition lorsque la condition est conçue en ces termes : sans enfans mâles ni filles ?

IL en est de même de la condition apposée aux termes de cet article.

AIX. M. LE BRET.

LA condition sans enfans mâles doit encore moins que la précédente suffire pour mettre les enfans dans la disposition.

M. DE CORMIS, Avocat.

Encore moins lorsque la condition est conçue en ces termes : *sans enfans mâles ni filles.*

CE qu'on a répondu sur la question précédente, décide qu'à *fortiori* les enfans mâles ne sont pas dans la disposition quand le testateur s'est servi de la clause *sans enfans mâles ni filles.* Signés, *Gilles de Lacase*, *Le Berthon*, *d'Albessard*, *Bigot*, *Jegun*, *Le Moncreau*, *Loyal*, *Dudon*, *du Viguier* & *de La Tresne.*

BORDEAUX.

BESANÇON a répondu à cette question en traitant la question dix-neuvieme.

BESANÇON.

NOUS pensons sur cette question, comme sur la précédente, que la condition ici proposée fait apparoir manifestement de la volonté du testateur ; car à quoi bon auroit-il fait cette distinction de mâles & de femelles ; il n'avoit qu'à se servir d'une énonciation plus générale, & dire simplement *si sine liberis*, si son intention n'eût été de préférer les mâles aux filles. Or ne doutant pas de cette intention, nous ne doutons pas non plus que les enfans mâles ne doivent être en ce cas dans la disposition. Signés, de *Corbeson*, *Holdt*, *Muller* & *Mulle.*

COLMAR.

ON n'a point trouvé d'Arrêts de ce Parlement sur cette question ; mais les Commissaires estiment que les enfans mâles ne sont pas dans la disposition, quoique la condition soit conçue en ces termes : *sans enfans mâles ni filles.*

DIJON.

DIJON.

Cet avis eſt fondé ſur deux raiſons. L'une que l'expreſſion des enfans mâles & des filles n'étant pas plus forte que celle du mot générique d'enfans qui comprend les deux eſpeces, & ceux qui ſont mis dans la condition ſous le terme d'enfans n'étant pas appellés à la diſpoſition, il paroît qu'il faut décider la même choſe de ceux qui ſont placés dans la condition ſous l'expreſſion de mâles & de filles.

La ſeconde raiſon eſt, que la ſeule qualité de mâles n'étant pas ſuffiſante pour mettre dans la diſpoſition ceux qui ne ſe trouvent que dans la condition, à plus forte raiſon doit-on exclure ceux qui ne ſont dans la condition que ſous le nom de mâles & de filles, puiſque cette double expreſſion générale marqueroit bien moins l'intention préſumée du teſtateur de conſerver les biens à ſon nom & à ſa famille. Signés, de *Birbiſey*, *Bouhier*, *Lantin*, *Mairelet*, de *Minot*, *Thiery*, *Normand*, *Quarré* & *Genreau*.

FLANDRES.

La queſtion ne s'eſt point préſentée par la raiſon que nous avons obſervée ſur les queſtions précédentes.

Nous croyons que lorſque la condition eſt conçue en ces termes : *ſans enfans mâles ni filles*, elle ne fait pas plus préſumer pour le fidéicommis que ſi le teſtateur avoit dit ſimplement *ſans enfans*. Signés, *Pollinchon*, *Pinault*, de *Bannaux*, *Douche* de *Beaulieu*, *Viſant* de *Ponange*, de *Burges*, *Biſſehop*, *Curpin*, de *Calonne*, *Vaymel*, *Duparq* & *Vermineau*.

GRENOBLE.

Cette queſtion a été traitée & décidée dans les réponſes aux queſtions 25, 26, 27, 28, 29 & 30, attendu que l'Officier qui s'étoit chargé des dernieres queſtions a été plus diligent à y ſatisfaire que l'autre. Signés, de *Grammont*, *Lacroix*, de *Sayne*, de *Loyſſin*, *Morel*, *Montrivier*, & *Vidault*, Procureur Général.

METZ.

La condition conçue en ces termes : *ſans enfans mâles ni filles*, ne contient qu'une expreſſion plus détaillée de la clauſe générale *ſans enfans*, inſuffiſante, par elle-même, pour mettre les enfans mâles dans la diſpoſition. Signés, de *Montholon*, *J. Pierre* de *Lange*, *Bertrand*, *Muzac*, *Le Goulon*, de *Champel*, *Bonneau* & *Lançon*.

PAU.

Nous croyons, par les raiſons alléguées ſur la vingtieme queſtion, que la qualification de mâles ne ſuffit pas ſeule, & qu'il faut

le concours d'une autre présomption ; mais dans le cas que la qualification de mâles suffiroit seule, il semble que le testateur ayant aussi parlé des filles de son héritier, il n'a pas marqué assez de préférence pour les mâles pour en induire qu'il a voulu les comprendre dans la disposition, puisque s'il préfere les mâles au substitué, il lui préfere aussi les filles. Signés, de *Gaubert*, *Mignon*, *Deodat*, *Desclaux*, *Mesplés*, *Bordenave*, *Dejean*, *Lesan*, *Bonnecase*, *Casenave* & *Descaseaux*.

PAU.

PAR les réflexions faites sur les deux précédentes questions 20 & 21, la seule qualification de mâles, sans le concours de quelques autres présomptions, ne suffiroit pas pour mettre les enfans dans la disposition ; mais dans le cas même que cette qualité & dénomination de mâles suffiroit, il semble que le testateur ayant également parlé des filles de l'institué, n'a point marqué assez de préférence pour les mâles pour présumer qu'il a voulu les comprendre dans la disposition, puisque s'il préfere les mâles au substitué (comme la question semble le supposer) il lui préfere aussi les filles indistinctement.

M DE GAUBERT, premier President.

Nous estimons qu'ayant cru, sur la question précédente, que la seule qualité d'enfans mâles ne suffisoit point pour faire conjecturer un fidéicommis tacite en faveur des enfans mâles, moins encore le peut-on penser lorsque la condition a été exprimée dans les termes rapportés dans cette question vingt-deux sans enfans mâles & filles.

L'EXPRESSION des filles, dans la condition, ne lui doit pas donner plus de force, & ne fournit aucune conjecture en faveur des mâles, au contraire, il semble que cette expression devroit les exclure ; & au cas qu'il y eût quelque conjecture qui pût faire présumer la vocation des enfans mis en condition, on ne pourroit pas dire que ce fût un fidéicommis masculin, ni que les mâles dussent avoir aucune préférence, puisque les mâles & les filles seroient également dans la condition ; ce ne seroit alors qu'un fidéicommis ordinaire auquel tous seroient également appellés, tant les mâles que les filles. Signés, *Deponte*, *d'Albaret*, *Delpont*, de *Villars*, *Collarés*, *Bonnet* & *Romanya*, *Gispert*, de *Fulla*, *Regnés*, *Desprès*, *Bonnet* & *Sans*.

ROUSSILLON.

COMME dans la question proposée il n'y a aucune préférence

TOULOUSE.

TOULOUSE.

marquée pour les mâles, on ne peut pas dire qu'ils sont dans la disposition. Signés, le *Président Daspe*, *Comere* de *Labastide*, *Pegueyroles*, *Bastard*, de *Catellan-Lamasquere*, *Azemar*, *Cassand*, *Aymar*, *Caussade*, de *Celés*, *Parasa*, *Daspe* de *Meillan*, & *Le Masuyer*, Procureur Général.

PARIS.

SUR la question vingtieme.

VINGT-TROISIEME QUESTION.

SI lorsque la condition est redoublée, & que le donateur ou le testateur s'est servi de ces termes : au cas de décès sans enfans, & des enfans sans enfans, *cela suffit pour mettre les enfans dans la disposition ?*

S'IL y a quelque différence à faire lorsque la condition est redoublée par la particule disjonctive ou, *en ces termes :* en cas de décès sans enfans, *ou*, des enfans sans enfans ?

AIX.

LA condition redoublée ne sauroit non plus opérer cet effet, suivant l'Arrêt général de 1614 & ceux qui l'ont suivi, & il faut, suivant notre Jurisprudence, que plusieurs conjectures accompagnent le redoublement de condition ; de sorte que nous ne faisons aucune différence entre le cas auquel le redoublement est conçu par la conjonctive *&*, ou par la disjonctive *ou*, le redoublement de la condition n'opérant jamais l'effet de les y appeller.

M. LE BRET, premier Président.

LA condition redoublée, *en cas de décès sans enfans & des enfans sans enfans*, n'opere en Provence que l'exclusion du substitué, si les enfans ont d'autres enfans ; mais elle ne met pas ces enfans des enfans dans la disposition, ni en droit de recueillir par fidéicommis, il ne semble pas qu'il y ait aucune différence de la particule conjonctive & de la disjonctive dans cette occasion : ces paroles, si l'héritier meurt sans enfans, ou ses enfans sans enfans, présentent le même sens que celui-ci, *si l'héritier meurt sans enfans & ses enfans sans enfans.*

LES Arrêts du Parlement de Provence n'appellent pas au fidéicommis lorsque le testateur s'est servi de ces termes : *au cas de décès sans enfans & des enfans sans enfans*, ce redoublement n'opérant que pour l'exclusion du substitué, s'il y a des enfans d'autres enfans, & non pour faire recueillir par fidéicommis les enfans du premier degré ; il semble qu'il n'y a pas de différence à faire lorsque la condition est redoublée par la particule disjonctive *ou*, en disant, en cas de décès sans enfans, ou des enfans sans enfans ; car c'est toujours exclure du fidéicommis si le grevé ne meurt pas sans enfans, ou que les enfans d'icelui laissent des enfans, & ne meurent point sans enfans.

M. DE CORMIS, Avocat.

IL est sans difficulté que la reduplicative de la clause *si sine liberis* induit disposition en faveur des enfans du premier degré ; parce que se trouvant eux-mêmes chargés de fidéicommis envers le substitué au cas qu'ils décèdent sans enfans, il faut, par une conséquence nécessaire, qu'ils soient appellés au fidéicommis, *cum nemo possit onerari quin fuerit honoratus ;* mais les enfans du second degré ne se trouvant que dans la condition & n'étant pas grevés, ne sont pas censés appellés, s'il n'y a d'autres circonstances qui puissent faire juger le contraire.

BORDEAUX.

Au reste, dans le cas de la question proposée il n'importe que le testateur se soit servi de la conjonctive *&*, ou de la disjonctive *ou*, étant évident que par l'une & par l'autre il a entendu que si son héritier avoit des enfans, ou les enfans de son héritier des enfans, le substitué fût exclu & admis si le contraire venoit à arriver. Signés, *Gillet* de *Lacase*, *Le Berthon*, *d'Albessard*, *Bigot*, *Jegun*, *Le Moncreau*, *Loyal*, *Dudon*, *Du Viguier* & de *La Tresne*.

BESANÇON a répondu à cette question en traitant la question dix-neuvieme.

BESANÇON.

IL n'y a point de preuve plus claire de l'intention du testateur que la gémination des degrés mis dans la condition, ce redoublement de termes doit porter nécessairement à étendre la disposition ; d'autant plus que dans le cas présent le dernier des enfans se trouveroit chargé de restituer, il faut que la volonté du testateur ait été de lui faire passer ses biens, & d'établir par conséquent une substitution graduelle.

COLMAR.

Nous disons donc que le redoublement de la condition, dans

COLMAR.

les termes proposés, suffit pour mettre les enfans dans la disposition.

Quant à la seconde partie de la question, nous n'estimons pas que la particule disjonctive doive apporter aucune différence à notre avis.

C'est ce que nous trouvons décidé dans la Loi 6, *cod. de instit. & substit. sub conditione factis.* Cujas, en son commentaire sur cette Loi, s'explique avec netteté, & nous fortifie dans notre opinion que cette particule *ou* est dans le cas ici proposé, ce que les Jurisconsultes appellent *paradia zeuxis quæ fit pro conjunctione accipienda ex mente scriptoris vel ejus qui hæc verba nuncupavit.*

A prendre donc le sens du testateur, sa volonté a été d'appeller les enfans des enfans, & par conséquent cette différence de termes n'est nullement essentielle. Signés, de *Corbeson*, *Holdt*, *Muller* & *Mulle.*

DIJON.

On n'a point trouvé d'Arrêts du Parlement sur cette question, sur laquelle les Commissaires sont d'avis, que quoique le testateur se soit servi de ces termes : *au cas de décès sans enfans*, & *des enfans sans enfans*, cela ne suffit pas pour mettre les enfans dans la disposition.

La raison de cet avis est, que la particule conjonctive ne paroît rien changer dans la regle, qui ne permet pas que les enfans qui ne sont placés que dans la condition soient appellés à la substitution ou à la disposition, & que le redoublement de la condition ne doit pas faire introduire deux substitutions dans le même acte où le testateur n'en a fait réellement qu'une seule.

QUESTION SUBORDONNÉE.

S'il y a quelque différence à faire lorsque la condition est redoublée par la particule disjonctive ou, *en ces termes :* en cas de décès sans enfans, *ou* des enfans sans enfans?

Les Commissaires estiment qu'il n'y a point de différence à faire lorsque la condition est redoublée par la disjonctive *ou*, & que soit que les enfans ou petits-enfans soient mis dans la condition par une disjonctive ou par une conjonctive, ils ne peuvent en l'un ni en l'autre cas être appellés à la disposition, suivant ce que l'on a observé sur les précédentes questions. Signés, de *Birbisey*, *Bouhier*, *Lantin*, *Thiery*, *Normand*, *Quarré* & *Genreau.*

CETTE question ne s'est point présentée à juger au Parlement de Flandres, & ne peut avoir lieu dans son ressort à cause de l'Edit perpétuel, suivant lequel les enfans mis en condition sont toujours censés appellés. FLANDRES.

Si nous avions à les juger, nous croirions que la condition redoublée ne suffit point par elle-même pour mettre les enfans dans la disposition, parce que cette condition, quoique redoublée, n'est toujours qu'une condition, qui, de sa nature, ne dispose point. Nous n'estimons point qu'il y ait aucune différence à faire lorsque la condition est redoublée par la particule disjonctive *ou*; nous savons que quelques Auteurs graves prétendent qu'on doit présumer que les enfans mis en condition sont chargés de restituer, & par conséquent censés substitués, par cela seul que la condition est redoublée par la particule disjonctive *ou*; mais la plupart des donateurs ou testateurs ne sentent point assez la différence de la particule disjonctive *ou* d'avec la conjonctive *&*, pour fonder la présomption de leur volonté, sur l'usage qu'ils ont fait de l'une ou de l'autre de ces particules. Signés, *Pollinchon*, *Pinault* de *Banneaux*, *Douche* de *Beaulieu*, *Visant* de *Ponange*, de *Burges*, *Bissehop*, *Curpin*, de *Calonne*, *J. Vaymel*, *Duparq* & *Vermineau*.

CETTE question a été traitée & décidée dans les réponses aux questions 25, 26, 27, 28, 29 & 30, attendu que l'Officier qui s'étoit chargé des dernieres questions a été plus diligent à y satisfaire que l'autre. Signés, de *Grammont*, *Lacroix* de *Sayne*, de *Loyssin*, *Morel*, *Montrivier* & *Vidault*, Procureur Général. GRENOBLE.

LA condition redoublée par la particule conjonctive ou disjonctive ne nous paroît pas suffisante pour mettre les enfans dans la disposition à moins qu'ils ne soient chargés de restitution; alors cette obligation de la part des enfans doit les faire comprendre dans la disposition. Signés, de *Montholon*, *J. Pierre*, de *Lange*, *Bertrand*, *Muzac*, *Le Goulon* de *Champel*, *Bonneau* & *Lançon*. METZ.

IL semble d'abord que cette condition redoublée forme une puissante présomption, néanmoins nous croyons qu'elle ne suffit pas seule par les raisons alléguées sur la vingtieme question, à moins que le testateur se fût servi du terme *je leur substitue*, ou simplement *je substitue*, parce que dans ce cas les enfans sont PAU.

PAU.

censés grevés, ce qui forme une présomption, laquelle concourant avec la condition redoublée forme deux présomptions qui semblent devoir suffire ; au lieu que si le testateur s'est servi du terme *je lui substitue*, cela ne regarde que l'héritier, & par conséquent ne peut pas former une seconde présomption, puisque les enfans ne sont pas grevés, il n'y a que l'héritier.

Il ne semble pas que la particule disjonctive puisse faire quelque différence, puisque la condition redoublée par la particule disjonctive ou conjonctive ne formeroit jamais qu'une seule présomption que nous ne croyons pas suffire. Signés, de *Gaubert*, *Casaux*, *Mignon*, *Deodat*, *Desclaux*, *Mesplés*, *Bordenave*, *Dejean*, *Lesan*, *Bonnecase*, *Casenave* & de *Caseaux*.

PAU.
M. DE GAUBERT, premier Président.

MARIE Ricard, *des subst. direct. & fidéicom. traité* 3, *chap.* 8, *part.* 1, *n.* 474, fait une distinction que si l'héritier seul étoit nommément chargé de restituer, que le testateur ou le donateur eussent dit, par exemple, *j'institue Pierre mon héritier*, *& en cas qu'il décede sans enfans*, *ou ses enfans sans enfans*, *je lui substitue Jean*, dans ce cas on ne doit point croire que les enfans soient mis dans la disposition, le substitué étant simplement appellé sous une double condition, en cas que l'héritier ou donataire décede sans enfans, & ses enfans sans enfans, sans qu'il soit besoin, pour conserver l'effet des termes du testateur ou du donateur, de multiplier les degrés de la substitution & d'en faire un de substitution tacite en faveur des enfans qui sont mis dans la condition.

Mais si les enfans sont chargés de restituer aussi-bien que leur pere ; par exemple, *j'institue Pierre mon héritier*, *& en cas qu'il décede sans enfans & ses enfans sans enfans*, *je leur substitue*, ou simplement *je substitue*, il estime qu'en ce cas les enfans sont tacitement substitués & compris dans la disposition, par cette raison, que le testateur ou donateur n'ont pu les charger de restituer en leur nom, qu'en les rendant participans de leur disposition, §. *ab eo enim qui neque legatum*, *neque fideicommissum*, *neque hereditatem*, *vel mortis causa donationem accepit nihil per fideicommissum relinqui potest. Leg. ab eo* 9, *ff. de fideicomm.* les enfans étant chargés & grevés de rendre, il faut nécessairement supposer qu'ils ont été appellés.

Lapeyrere, *lettre S*, *n.* 84, pour le Parlement de Bordeaux dit, que quand la substitution est faite sous le cas & condition du décès sans enfans, ou de ses enfans sans enfans, cette réduplicative induit

induit vocation des enfans de l'héritier grevé, *Lapeyrere* atteste qu'il a vu des Arrêts de ce reſſort conformes à la déciſion.

PAU.

Ant. Faber, *défin.* 2, *cod. de fideicom.* décide que, *liberi etiam in duplici conditione poſiti & gravati non cenſentur vocati, niſi aliàs adſint conjecturæ quamvis ſint ex deſcendentibus.*

Ferriere ſur Guy Pape, *queſt.* 184, Auteur très-eſtimé, ſoutient par de ſolides raiſons que la condition redoublée *des enfans ſans enfans* ne ſuffit point pour mettre les enfans dans la diſpoſition; il ajoute, *aliud eſt ſi diſpoſitio contineret multos gradus ſubſtitutionis cum prohibitione trebellianicæ & frequenti maſculorum commemoratione.*

Nous croyons, avec nos meilleurs Juriſconſultes & Praticiens, que la condition redoublée au cas de décès ſans enfans, & des enfans ſans enfans, ne ſuffit point pour mettre les enfans dans la diſpoſition, cette condition redoublée n'étant point ſoutenue par quelqu'autre circonſtance ou préſomptions qui puiſſent induire un fidéicommis tacite.

Nous eſtimons auſſi que dans la queſtion propoſée, il ne ſemble point que la particule disjonctive *ou* faſſe quelque différence, puiſque la condition redoublée par la particule conjonctive *&*, ni l'une ni l'autre ne formeroient jamais qu'une ſeule préſomption, outre que la différence à cet égard de la conjonctive *&* & de la disjonctive *ou* n'eſt rien dans l'idée de *Ricard*, il ne peut être queſtion de ſavoir ſi les enfans ſont dans la diſpoſition lorſque le teſtateur s'eſt ſervi de la particule conjonctive, puiſque pour la remplir il faut qu'ils décédent ſans enfans avant leur pere héritier.

ROUSSILLON.

La condition quoique redoublée n'eſt qu'une condition; & ſi, comme on l'a dit ſur la queſt. 19, la condition ſimple ne diſpoſe point, on doit en dire de même de la condition redoublée. Les Auteurs qui ont ſoutenu, & les Tribunaux qui ont jugé, que dans le cas d'une pareille condition les enfans ſont compris dans la diſpoſition, ont ſuppoſé que par cette double condition les enfans ſont chargés de rendre. On ne diſconvient pas que ſi on pouvoit ſuppoſer une charge de rendre impoſée aux enfans mis en condition, ils devroient être cenſés mis dans la diſpoſition, puiſqu'on a déja dit que la charge de rendre ſuppoſe néceſſairement la vocation; mais on ne ſauroit inférer cette charge de rendre de la ſeule condition quoique redoublée; mais on devroit inférer la vocation des autres paroles dont le teſtateur s'eſt ſervi en diſpoſant.

ROUSSILLON.

Les Auteurs rapportent différens cas d'une pareille condition. Le premier eſt, lorſque le teſtateur diſpoſe ainſi : *j'inſtitue Pierre mon fils, & au cas de décès ſans enfans, & de ſes enfans ſans enfans, je lui ſubſtitue Jean.*

Dans cette eſpece on ne peut inférer aucune charge impoſée aux enfans mis en condition, puiſque la charge eſt uniquement impoſée à l'héritier auquel la condition eſt adreſſée.

Le ſecond eſt, lorſqu'après une pareille condition le teſtateur dit ſeulement *je ſubſtitue Jean* ; car, non plus que dans le cas précédent, on ne ſauroit inférer aucune charge impoſée aux enfans mis en condition, ni par conſéquent aucune vocation.

Le troiſieme cas eſt, lorſque lès paroles diſpoſitives de la ſubſtitution ſont adreſſées tant à l'héritier qu'aux enfans mis en condition, & que le teſtateur parle ainſi, *je leur ſubſtitue Jean*, dans ce cas la charge étant impoſée, tant à l'héritier qu'aux enfans mis en condition, il eſt ſans difficulté qu'ils ſont cenſés appellés, puiſqu'ils ſont chargés de rendre expreſſément.

Il s'enſuit de tout cela, qu'afin que les enfans mis dans la condition ſimple ou redoublée ſoient cenſés mis dans la diſpoſition, il faut qu'il concoure quelqu'une des conjectures approuvées & reçues pour induire une vocation en leur faveur, & que cette conjecture ne ſoit point préſumée, parce qu'on n'infere pas une conjecture d'une autre conjecture, ce qui arriveroit ſi la ſeule double condition fourniſſoit une conjecture de la charge impoſée aux enfans, ce que le droit défend. Il faut donc que les paroles du teſtament fourniſſent par elles-mêmes une conjecture de laquelle on puiſſe inférer la vocation des enfans mis en condition.

Peu importe que cette condition ſoit redoublée par la particule disjonctive *ou*, ou bien par la copulative *&*, puiſqu'elle ne diſpoſe pas plus dans un cas que dans l'autre : la ſeule différence qu'il y a, c'eſt pour donner ouverture à la ſubſtitution, lorſque la condition eſt redoublée par la copulative *&*, il faut que toutes les deux conditions s'accompliſſent ; au lieu que lorſqu'elle eſt redoublée par la disjonctive *ou*, il ſuffit que l'une ou l'autre des conditions arrive, & c'eſt ainſi que le Conſeil ſouverain l'a toujours jugé, & la queſtion y paſſe ſans difficulté, puiſqu'il ne ſe fait preſque pas de teſtament en Rouſſillon où les enfans ne ſoient mis en condition ſous une double condition, ſoit ſous celle portée dans la queſtion, ſoit ſous celle-ci, *en cas de décès ſans enfans, ou avec tels enfans qui ne parviendront pas en âge de faire teſta-*

ment ; enſorte que ſi dans tous les cas de la double condition les enfans étoient cenſés mis dans la diſpoſition, il n'y auroit preſque point de teſtament en Rouſſillon où il n'y eût un fidéicommis en faveur des enfans mis dans la condition, ce qui ſeroit contraire à la volonté du teſtateur, qui dans ce cas n'a d'autre intention que de charger l'héritier ſous une double condition. Signés, *Deponte d'Albaret*, de *Villars*, *Collarés*, *Bonnet* & *Romanya*, *Giſpert*, de *Fulla*, *Regnés*, *Deſprés*, *Bonnet* & *Sans*.

ROUSSILLON.

La réduplicative ſuffit pour mettre dans la diſpoſition les enfans qui ſont dans la condition, ſoit que la condition ſoit redoublée par la particule conjonctive ou disjonctive (*a*).

TOULOUSE.

Cela eſt ſi conſtant parmi nous, qu'on en fait une regle de Droit. *Liberi in conditione poſiti non ſunt in diſpoſitione, niſi ſint in reduplicativa.*

Le teſtateur ou le donateur qui ont voulu que la ſubſtitution ne pût avoir lieu qu'en cas de décès ſans enfans des enfans de l'héritier grevé, ſont cenſés avoir compris dans la diſpoſition les enfans de l'héritier grevé, & dans ce cas il n'y a que les petits-enfans qui ſoient dans la condition.

Ainſi, ſoit que la condition ſoit redoublée par une particule copulative ou par une disjonctive, les enfans qui ſont dans la condition redoublée ſont diſpoſitivement appellés ; & nous ne croyons pas qu'il puiſſe y avoir à cet égard aucune différence, ſoit parce que la disjonctive ne change rien dans la condition redoublée, ſoit parce que ſuivant les Loix elle eſt convertie en copulative en faveur des enfans. Signés, le *Préſident Daſpe*, *Comere* de *Labaſtide*, *Pegueyroles*, *Baſtard*, de *Catellan-Lamaſquere*, *Azemar*, *Caſſand*, *Aymar*, *Cauſſade*, de *Celés*, *Paraſa*, *Daſpe* de *Meilhan*, & *Le Maſuyer*, Procureur Général.

PARIS.

Paris ſur la queſtion vingtieme.

(*a*) Catellan, liv. 2, chap. 62. Guy Pape, déciſion 184, & Ferriere *in fine*.

VINGT-QUATRIEME QUESTION.

Si pour faire cesser toutes les disputes & prévenir tous les procès qui naissent touchant les enfans mis dans la condition, il seroit utile d'établir, pour regle générale, qu'ils seront indistinctement dans la disposition, comme on l'a fait dans quelques pays étrangers ?

AIX. M. LE BRET, premier Président.

CE seroit blesser, ou du moins s'éloigner de la disposition expresse du Droit Romain, que d'établir la regle que les enfans mis dans la condition sont censés compris dans la disposition.

Si l'on juge les fidéicommis utiles, il pourroit être établi que les enfans sont indistinctement dans la disposition dès que le testateur les a mis dans la condition : il n'y a rien en cela de contraire à l'ordre naturel ; mais les mauvais effets des fidéicommis ne seront pas moindres.

M. DECORMIS, Avocat.

LA Loi *cum avus* 102, *ff. de condit. & demonstrat.* ne prenoit pour présomption de la tacite vocation des enfans mis dans la condition que pour exclure le fidéicommis & non pour les appeller au fidéicommis, à cause de la regle *conditio non disponit.* Mais on demande si pour prévenir tous les procès en cette matiere, il seroit plus utile de déclarer généralement les enfans mis dans la condition être appellés par premier degré au fidéicommis.

Ce parti paroît plus dangereux que les inconvéniens qu'on craint, & s'il est utile de prévenir les procès & d'exécuter les volontés du testateur dans toute leur étendue, il ne l'est pas moins de conserver la liberté du commerce, & de ne pas interdire aux particuliers, sans des raisons considérables, la faculté de se servir de leur bien & d'en disposer comme ils le jugent à propos. Signés, *Gillet* de *Lacase*, *Le Berthon*, *d'Albessard*, *Bigot*, *Jegun*, *Le Moncreau*, *Loyal*, *Dudon*, *du Viguier* & *de La Tresne.*

BESANÇON.

BESANÇON a répondu à cette question en traitant la question dix-neuvieme.

VINGT-CINQUIEME QUESTION.

S'IL ne feroit pas plus fimple & plus utile d'établir la regle contraire, c'eft-à-dire qu'à l'avenir les enfans qui ne feront que dans la condition ne feront en aucun cas cenfés compris dans la difpofition, & malgré le concours des préfomptions reçues en cette matiere?

COLMAR.

RIEN ne feroit plus utile que d'établir une regle certaine qui empêchât les procès de déchirer les entrailles des familles; mais il feroit dangereux de l'établir, parce que comme il n'y a pas de Loi affez puiffante pour fixer l'efprit & la volonté de l'homme, non plus que fon affection, il arriveroit que la plupart des hommes, faute de bien connoître la valeur des termes & d'employer précifement ceux qui feront propres à faire valoir leurs intentions, fe trouveroient expofés à ne faire que des difpofitions caduques, & qu'il n'y auroit plus de teftateur qui pût compter fur l'exécution de fa volonté.

D'un autre côté quelle injuftice n'y auroit-il pas d'ôter à ceux que le teftateur auroit voulu comprendre dans fa difpofition (& ce par raifons fouvent bonnes & fages) un bien que l'intention de ce teftateur leur auroit deftiné.

Il vaut donc bien mieux, fuivant notre avis, laiffer la Jurifprudence fur l'ancien pied.

Mais fi nous avions à opter des deux propofitions, nous nous rangerions plus volontiers à mettre indiftinctement dans la difpofition les enfans mis dans la condition, parce qu'on peut juftement préfumer que l'amour paternel s'étend fur les uns & fur les autres, cette égalité eft fondée fur le droit naturel. Ce pere veut conferver à fes enfans fon bien, & pour le faire indiftinctement, il faut dire que fous le mot d'*enfans* il a voulu comprendre les uns & les autres. Signés, de *Corbefon*, *Holdt*, *Muller* & *Mulle*.

DIJON.

LES Commiffaires eftiment que s'il falloit choifir entre les deux partis propofés dans les 24 & 25e. queftions, celui d'exclure les enfans de la difpofition, malgré toutes les préfomptions, lorfqu'ils ne feront mis que dans la condition, paroîtroit préférable, comme

DIJON.

plus conforme aux principes du Droit tracés dans les Loix 17, §. *ex facto*, *ff. ad S. C. trebell.* & 1, *cod. de pactis*, & suivi par ceux des plus habiles Jurisconsultes qui ont écrit sur cette matiere, tels que *Mr. Fabre dans ses erreurs des Praticiens*, *decade* 26, *erreur* 1 & *suiv.*

Mais qu'il y auroit cependant du danger à faire une regle générale d'exclusion, parce qu'il pourroit se trouver, dans une donation ou un testament, des présomptions si pressantes & si fortes de l'intention du donateur ou du testateur, qu'elles détermineroient à croire dans la disposition les enfans qui ne seroient en apparence que dans la condition. Signés, de *Birbisey*, *Bouhier*, *Lantin*, *Mairelet*, de *Minot*, *Thiery*, *Normand*, *Quarré* & *Genreau.*

FLANDRES.

Nous croyons qu'il conviendroit d'établir, pour regle générale, que les enfans mis en condition sont indistinctement dans la disposition, comme on l'a fait dans les Pays-Bas par l'Edit perpétuel de 1611, qui sert de Loi dans les Provinces de notre ressort.

Cette Loi a prévenu bien des procès, & depuis qu'elle est suivie on ne s'est point apperçu qu'elle ait produit aucun inconvénient. Signés, *Pollinchonc*, *Pinault* de *Banneaux*, *Douche* de *Beaulieu*, *Visant* de *Ponange*, de *Burges*, *Bissehop*, *Curpin*, de *Calonne*, *J. Vaymel*, *Duparq* & *Vermineau.*

GRENOBLE.

Cette question a été traitée & décidée dans les réponses aux questions 25, 26, 27, 28, 29 & 30, attendu que l'Officier qui s'étoit chargé des dernieres questions, a été plus diligent à y satisfaire que l'autre. On ne peut s'empêcher de dire que les avis sont assez divers sur la question où il s'agit de décider nettement si les enfans mis en condition sont censés dans la disposition : il y a de très-grands Auteurs pour & contre, & il peut se présenter des conjectures si pressantes, que l'esprit ne peut se défendre de croire que le fidéicommis doit être ouvert en faveur de l'enfant mis dans la condition. Signés, de *Gramont*, *Lacroix*, de *Sayne*, de *Loyssin*, *Morel*, *Montrivier* & *Vidault*, Procureur Général.

METZ.

Si à l'instar de l'Art. XVIII, de l'Edit perpétuel du 12 Juillet 1611, l'on établissoit pour regle générale que les enfans mis dans la condition sont indistinctement dans la disposition, on éviteroit sans doute bien de disputes; mais nous estimons qu'il seroit plus régulier

& plus utile au public d'établir au contraire, pour regle générale, que les enfans mis dans la condition ne feront dans aucun cas cenfés compris dans la difpofition, malgré le concours de toutes les préfomptions. Une telle difpofition obligeroit le teftateur ou donateur de s'expliquer nettement & formellement, ce qui éviteroit & préviendroit tous procès fur cette matiere. Signés, de *Montholon*, *Pierre*, de *Lange*, *Bertrand*, *Mufac*, *Le Goulon*, de *Champel*, *Lançon* & *Bonneau*.

METZ.

IL nous femble que la regle propofée dans la queftion 24 feroit trop contraire au Droit Romain qui a donné l'origine aux fidéicommis, contraire même le plus fouvent à la volonté du teftateur, puifque n'ayant pas appellé expreffément les enfans de fon héritier quoiqu'il pût le faire, il eft cenfé ne l'avoir pas voulu, *omifit quia noluit*. Signés, de *Gaubert*, de *Cafaux*, *Mignon*, *Deodat*, *Defclaux*, *Mefplés*, *Bordenave*, *Dejean*, *Lefan*, *Bonnecafe*, *Cafenave* & de *Cafeaux*.

PAU.

PRESQUE tous les ultramontains s'appuyant mal-à-propos fur la Loi *Lucius*, 85, *ff. de heredib. inftit.* ont décidé que les enfans mis dans la condition font indiftinctement dans la difpofition. *Marie Ricard*, *des fubftitutions directes & fidéicommiffaires*, traité 3, ch. 8, fect. 1, part. 1, n. 460, &c. ajoute, que cette opinion a paffé de de-là les monts dans les Pays-Bas, y ayant un Edit de 1611 des Archiducs Albert & Ifabelle, qui décide, par forme de Loi, que les enfans mis dans la condition font cenfés compris dans la difpofition.

PAU.
M. DE GAUBERT, premier Préfident.

Mais les Docteurs Français du premier nom, *Cujas*, *Dumoulin*, *Guy Pape*, foutenus par les Docteurs étrangers les plus célebres, *Ant. Faber*, *Julius. Clarus*, & nombre d'autres, & de la Jurifprudence conforme de tous les Parlemens, ont perpétuellement décidé & jugé que les enfans mis dans la condition ne font point dans la difpofition, fur la maxime triviale que, *conditio numquam difponit*.

Nous eftimons que cette regle générale propofée dans la queftion, que les enfans mis dans la condition font indiftinctement dans la difpofition, feroit trop contraire au Droit Romain qui a donné l'origine aux fubftitutions, qu'elle blefferoit ce femble d'ailleurs la volonté du teftateur, lequel n'ayant point appellé expreffément fans équivoque les enfans de l'inftitué à la fubftitution ayant

PAU.
M. DE GAUBERT.

pu le faire, il est censé ne l'avoir pas voulu *omisit quia noluit*; ce seroit même détruire la Jurisprudence universelle du Royaume qui a formé une prévention raisonnable dans l'esprit des Magistrats, de laquelle ils auroient bien de la peine de se départir.

ROUSSILLON.

ON a déja observé, sur la question dix-neuvieme, qu'une pareille regle seroit très-dangereuse; car outre qu'elle est contraire aux regles du Droit, elle le seroit le plus souvent à la volonté du testateur.

En Roussillon il seroit encore très-préjudiciable aux habitans de suivre une pareille maxime; car comme les fortunes sont très-médiocres dans cette Province, il arriveroit que bien souvent, & presque toujours, les biens devroient être partagés entre un grand nombre d'enfans qui seroient censés appellés, d'autant qu'il est de regle que dans le cas que les enfans mis en condition sont censés appellés, tous succédent également, & ils doivent partager entre eux les biens du testateur, ce qui causeroit la ruine des familles & leur destruction.

La conservation des maisons principales est le motif de la constitution de Catalogne, qui est observée en Roussillon, pour régler la légitime des enfans au quart des biens de l'ascendant quel que soit le nombre des légitimaires.

Le même motif de la conservation des principales familles dans cette Province, devroit empêcher, autant qu'il seroit possible, la division des biens entre les enfans; l'intérêt de l'Etat exige que les principales familles d'une Province se conservent dans un certain lustre: l'unique moyen pour y parvenir, c'est de conserver à l'ainé, ou à celui qui doit en être le chef le fond du bien, en donnant aux autres enfans une portion en fonds de terre ou en argent, ce qui ne peut se faire qu'en empêchant, autant qu'il est possible, que les enfans succédent ensemble, ce qui arriveroit s'ils étoient appellés au fidéicommis dès-là qu'ils seroient mis en condition, parce qu'il n'y a point de testament où cela ne se rencontre. Signés, *Deponte*, *d'Albaret*, *Dupont*, de *Villars*, *Collarés*, *Bonnet* de *Romanya*, *Gispert* de *Fulla*, *Regnés*, *Després*, *Bonnet* & *Sans*.

TOULOUSE.

NOUS ne croyons pas qu'il faille établir pour regle générale, que les enfans mis dans la condition seront indistinctement dans la disposition; nous ne saurions accueillir cette maniere de faire cesser les disputes & de prévenir les procès, attendu qu'elle est diamétralement

diamétralement opposée aux principes les plus certains du Droit Romain, selon lesquels les enfans mis dans la condition ne sont pas dans la disposition, & ne servent qu'à exclure le substitué & à régler l'événement du fidéicommis (*a*). Signés, le *Président Daspe*, *Comere* de *Labastide*, *Pegueyroles*, *Bastard*, de *Celés*, *Catellan-Lamasquere*, *Azemar*, *Cassand*, *Aymar*, *Caussade*, de *Parasa*, *Daspe* de *Meillan* & *Le Masuyer*, Procureur Général.

TOULOUSE.

PARIS sur la question vingtieme.

PARIS.

VINGT-CINQUIEME QUESTION.

S'IL ne seroit pas plus simple & plus utile d'établir la regle contraire, c'est-à-dire qu'à l'avenir les enfans qui ne seront que dans la condition ne seront en aucun cas censés compris dans la disposition, & malgré le concours des présomptions reçues en cette matiere ?

IL seroit, ce semble, plus conforme à la disposition du Droit, plus simple & plus utile, d'établir que les enfans mis dans la condition ne seront en aucun cas compris dans la disposition.

AIX.

Cette regle tariroit la source de plusieurs procès, qui n'ont pour fondement que l'espérance souvent trompeuse de ceux qui, séduits par leur intérêt, croient trouver, dans les paroles d'un testateur ou donateur, des conjectures concluantes pour fonder leur vocation, & qui bien examinées ne signifient rien, le style du Notaire y ayant bien souvent plus de part que la volonté du donnant ou du testateur.

CETTE regle, qui seroit contraire à la précédente, lui seroit peut-être favorable par rapport à l'utilité que le public en recevroit, quoique l'autre semble approcher davantage du desir ou de la volonté du testateur; mais il y en a si peu de raisonnables, que leurs volontés ne semblent pas mériter grande attention.

M. LE BRET, premier Président.

(*a*) Cujas, consult. 31. Ferriere, sur la quest. 39 de Guy Pape. Maynard, liv. 5, chap. 66. Cambolas, liv. 2, chap. 41.

M. DECORMIS, Avocat.

POUR la même raiſon de prévenir les procès, il ſeroit également utile d'établir, pour regle générale, qu'à l'avenir les enfans qui ne ſeront que dans la condition ne ſeront en aucun cas cenſés compris dans la diſpoſition, malgré le concours des préſomptions reçues en cette matiere; & peut-être que cette excluſion générale ſeroit encore plus utile, mais la contraire eſt plus approchante du deſir & de la volonté des teſtateurs.

BORDEAUX.

CETTE diſpoſition paroît favorable d'un côté, en ce que coupant court à beaucoup de procès, elle laiſſe en même temps la voie ouverte à ceux qui voudront faire des ſubſtitutions, qui eſt de s'expliquer en termes précis & formels, & qui ne ſoient ſuſceptibles d'aucune équivoque; mais d'un autre côté la volonté des mourans mérite tant de faveur, l'inconvénient d'introduire de certaines formules, de termes conſacrés, au-delà deſquels il fût établi que, *qui cadit à ſyllaba, cadit à toto*, où les embarras de diſcerner ce qui contiendroit clairement ou non une ſubſtitution ſont ſi conſidérables, qu'on croit qu'il vaut encore mieux laiſſer les choſes dans l'état où elles ſont & s'en remettre à la direction des Juges. Signés, *Gillet* de *Lacaſe*, *Le Berthon*, *d'Albeſſard*, *Bigot*, *Jegun*, *Le Moncreau*, *Loyal*, *Dudon*, *Du Vigier* & de *La Treſne*.

BESANÇON.

BESANÇON a répondu à cette queſtion en traitant la queſtion dix-neuvieme.

COLMAR.

COLMAR. *Vide* l'article vingt-quatre ci-deſſus.

DIJON.

DIJON. *Vide* la queſtion vingt-quatre ci-deſſus.

FLANDRES.

NOUS penſons qu'il ne convient pas d'établir pour regle, qu'à l'avenir les enfans qui ne ſeront que dans la condition ne ſeront en aucun cas cenſés compris dans la diſpoſition, parce qu'il pourroit ſe trouver tant de préſomptions, ou de ſi fortes, qu'on ne pourroit ſuivre cette regle ſans aller directement contre la volonté du teſtateur ſuffiſamment marquée d'ailleurs; comme par exemple, s'il avoit défendu l'aliénation des biens ſubſtitués aux enfans mis en condition, & s'il les avoit chargés de les reſtituer. Signés, *Pollinchon*, *Pinault* de *Banneaux*, *Douche* de *Beaulieu*, *Viſant* de *Ponange*, de *Burges*, *Biſſehop*, *Curpin*, de *Calonne*, *J. Vaymel*, *Duparq* & *Vermineau*.

QUOIQUE la question si les enfans mis en condition sont censés compris dans la disposition soit controversée, que *Peregrinus*, *traité de fidéicom. art.* 8, dise que, *ultra opinio verior ac receptior sit, adhuc sub judice lis est.* Néanmoins on est bien éloigné de penser qu'il fût utile d'établir, pour regle générale, que les enfans mis en condition sont indistinctement appellés, parce que cette regle entraîneroit des inconvéniens infinis, en ôtant à tous les peres la libre disposition de leurs biens, & en multipliant les substitutions qu'il est de l'intérêt public de restreindre.

De-là on pourroit conclure qu'il seroit plus utile d'établir la regle contraire, c'est-à-dire qu'à l'avenir les enfans qui ne seront que dans la condition ne seront en aucun cas censés compris dans la disposition, & cela malgré le concours des présomptions reçues en cette matiere.

Il y a encore deux raisons qui paroissent bien fortes pour se ranger de ce dernier parti.

La premiere est, que les Docteurs ne sont point d'accord sur la qualité & le nombre des conjectures qui doivent faire présumer la vocation des enfans mis en condition, ensorte qu'on ne peut établir une Jurisprudence certaine qu'en rejettant toutes les conjectures.

Pour faire voir la contrariété des Docteurs à cet égard, il suffit de remarquer la différence de leurs opinions sur la conjecture qui se tire de la masculinité en substituant sous la condition du décès sans enfans mâles.

M. Guy Pape, dans sa question 184, prétend que les enfans mâles mis en condition, *videntur ex tacita mente testatoris substituti*, & il cite Barthole & plusieurs autres Docteurs pour appuyer son sentiment. *Dumoulin, cons.* 1, *pro duo. vil. hered. n.* 93, dit que cette opinion est fausse & réprouvée, que *nulla lege, nulla concludenti ratione fulcitur sed in falso & ruinoso uno reprobato fulcro fantasiæ, Guid. Papæ.*

M. Cujas dans sa consult. 35 admet cette conjecture; mais il veut qu'elle soit soutenue par d'autres pour opérer une disposition, comme si le testateur étoit d'une famille noble, & dans laquelle on ait été en coutume d'appeller toujours les mâles à l'infini.

Les autres conjectures marquées par les Docteurs ne causent pas moins de disputes entre eux, & si une suffit, ou s'il faut le concours de plusieurs.

GRENOBLE.

La ſeconde raiſon qui porte à croire qu'il ſeroit plus utile d'établir, pour regle générale, qu'en aucun cas les enfans mis en condition ne ſeront pas compris dans la diſpoſition, & qu'il dépendra des teſtateurs d'expliquer clairement leur volonté, & d'appeller à la ſubſtitution, par une diſpoſition expreſſe, les enfans de leurs héritiers, quand ils ne l'auront pas fait, on préſumera qu'ils ne l'ont pas voulu faire.

Cependant il y a un cas qui devroit être excepté de la regle, qui eſt quand les enfans ſont mis dans une condition redoublée, & que le teſtateur ſubſtitue ſous la condition du décès de ſon héritier ſans enfans, ou ſes enfans ſans enfans. Dans ce cas les enfans de l'héritier étant obligés de rendre à leurs enfans, & ceux-ci aux ſubſtitués pour que la ſubſtitution puiſſe avoir ſon effet, il faut néceſſairement qu'ils ſoient appellés par une diſpoſition tacite, comme le dit *M. Guy Pape*, *queſt.* 39, & par les raiſons qu'en rapporte *Papon en ſes Arrêts*, *liv.* 20, *tit.* 3 *des ſubſtit. art.* 10, *cum non poſſint reſtituere quod non acceperunt & gravamen injunctum præſupponit relictum.*

Cette conjecture eſt généralement reçue par les Docteurs & par les Arrêts de ce Parlement. Signés, de *Gramont*, *Lacroix*, de *Sayne*, de *Loyſſin*, *Morel*, *Montrivier*, & *Vidault*, Procureur Général.

METZ.

METZ. *Vide* la queſtion vingt-quatrieme ci-deſſus.

PAU.

IL ſembleroit bien plus ſimple & plus utile d'établir pour l'avenir ladite regle, elle préviendroit bien des procès, ordinairement très-difficiles à décider, puiſqu'il faut chercher le motif de la déciſion dans des préſomptions toujours équivoques, & ſur leſquelles il y a ſi ſouvent, & dans le même Tribunal, des ſentimens différens. Il ne peut pas, ce ſemble, y avoir des inconvéniens, puiſque le teſtateur (dès que la Loi ſera générale) ſaura que s'il ſouhaite que les enfans de ſon héritier ſoient appellés à la ſubſtitution il doit le déclarer expreſſément, & il ſera cenſé ne l'avoir pas voulu dès qu'il ne l'aura pas déclaré; il eſt même bon, ce ſemble, dans le doute de la volonté du teſtateur, que ſon héritier puiſſe tenir ſes enfans dans la dépendance par l'eſpérance de profiter de ſon bien, s'ils ne déméritent pas à ſon égard. Signés, de *Gaubert*, *Mignon*, *Deodat*, *Deſclaux*, *Meſplés*, *Bordenave*, *Dejean*, *Leſan*, *Bonnecaſe*, *Caſenave* & *Deſcaſeaux*.

PAU.
M DE GAUBERT, premier Président.

Nous estimons qu'il sembleroit plus simple & plus utile, dans la vue même de prévenir des procès, d'ailleurs très-difficiles à juger, devant chercher ordinairement les raisons de décider sur des présomptions, des conjectures souvent équivoques, & dans l'examen de la valeur desquelles il y a dans les Tribunaux des sentimens différens. La Loi étant connue, qu'à l'avenir, que les enfans qui ne seront que dans la condition ne seront en aucun cas censés compris dans la disposition, malgré le concours des présomptions reçues en cette matiere, il sera aisé aux testateurs, à leurs conseils, aux Notaires eux-mêmes d'exprimer, précisément, clairement & sans nulle équivoque, la volonté & l'intention des substituans, en appellant nommément au fidéicommis les enfans, ensemble les enfans des enfans & autres personnes qu'ils voudront comprendre dans les substitutions, & dans le cas aussi où le testateur voudra faire une substitution graduelle & perpétuelle, n'y ayant nul inconvénient lorsque la Loi sera connue & publiée. Les testateurs sauront, lorsqu'ils auront intention d'appeller à la substitution les enfans de l'héritier, ensemble les enfans des enfans, qu'ils doivent le déclarer expressément, & il sera censé n'avoir pas voulu les y comprendre dès qu'il ne l'aura point déclaré & exprimé précisément, laissant néanmoins pour les substitutions faites antérieurement à la Loi nouvelle qui sera établie, à la prudence des Juges, de les juger conformément aux décisions ci-dessus, & à la regle qui sera donnée sur les questions précédentes.

ROUSSILLON.

Il ne seroit pas moins dangereux d'établir la regle proposée dans cette question, que la contraire proposée dans la question précédente; car comme il se trouve dans certains cas des conjectures si pressantes de la volonté du testateur, qui ne laissent aucun lieu de douter de son intention, il paroît qu'il seroit injuste d'exclurre les enfans de la disposition & la renverser par-là, d'autant que la volonté du testateur expresse ou tacite en est la principale, ou pour mieux dire l'unique regle.

Si cependant il étoit absolument nécessaire d'établir une de ces deux regles, il semble qu'il conviendroit mieux d'établir celle qui est proposée dans cette question, que celle qui est proposée dans la question précédente; car dès qu'un testateur seroit instruit que les enfans ne peuvent lui succéder, à moins qu'il ne les appelle expressément, il ne tiendroit qu'à lui de déclarer sa volonté dans sa disposition; & s'il ne le faisoit pas, il seroit vrai de dire qu'il n'a

ROUSSILLON. pas eu l'intention de les appeller, & on suivroit sa disposition littéralement, sans s'embarrasser des conjectures qui pourroient la faire présumer, auxquelles on n'auroit aucun égard. Signés, *Deponte*, *d'Albaret*, *Delpont*, de *Villars*, *Collarés*, *Bonnet* & *Romanya*, *Cispert*, de *Fulla*, *Regnés*, *Després*, *Bonnet* & *Sans*.

TOULOUSE. Nous ne croyons pas qu'il faille établir cette regle en la maniere qu'elle est proposée, elle est trop étendue & va emporter entiérement les substitutions conjecturales; cependant nous avons rapporté des conjectures dans la réponse à la question vingtieme que nous croyons devoir être conservées, elles se réduisent au nombre de quatre : si les enfans sont dans la condition sous le nom de mâles; s'ils sont dans la condition redoublée; si le testateur a imposé à son héritier & à ses descendans la charge de porter le nom & les armes; & enfin s'il a prohibé l'aliénation de ses biens. Ces conditions énoncées dans un testament, mettent sans difficulté les enfans dans la disposition par les raisons ramenées dans les réponses aux questions précédentes.

Il est vrai que nos Auteurs rapportent plusieurs autres conjectures, mais elles sont insuffisantes & ne servent qu'à faire naître des procès, & à induire les Parties & les Juges à erreur, sur l'interprétation de la volonté du testateur.

C'est pourquoi nous croyons qu'il seroit utile de les bannir, & d'établir, pour regle générale, qu'à l'avenir les enfans, quoiqu'ils ne soient que dans la condition, sont censés compris dans disposition dans le cas des quatre conjectures dont nous avons parlé, & que hors de ces cas ils ne seront jamais dans la disposition quelques autres présomptions qu'on trouve dans le testament. Signés, le Président *Daspe*, *Comere* de *Labastide*, *Pegueyroles*, *Bastard*, de *Catellan-Lamasquere*, *Cassand*, *Aymar*, *Caussade*, de *Celés*, *Parasa*, *Daspe* de *Meilhan* & *Le Masuyer*.

PARIS. Paris sur la question vingtieme ci-dessus.

VINGT-SIXIEME QUESTION.

Si la transmission du fidéicommis testamentaire qui a été introduite en ligne directe par la Jurisprudence du Parlement de Toulouse, & par laquelle le fils est censé remplir la place de son pere, qui est mort avant d'avoir pu recueillir la substitution, doit avoir lieu dans tout le Royaume, ou si la Jurisprudence de ce Parlement doit être réformée à cet égard ?

A S'ATTACHER scrupuleusement aux termes du Droit Romain, la transmission du fidéicommis testamentaire ne peut avoir lieu même en faveur des enfans de l'institué que dans le seul cas auquel le pere institué étoit existant lors de l'échéance de la succession testamentaire, bien que le testament ne pût pas être ouvert, & que leur pere n'eût pas fait acte d'héritier, transmission qui fut introduite contre la regle par seule équité, par les Empereurs Théodose & Valentinien, dans la Loi unique *cod. de his qui ante apertas tabulas hereditatem transmittunt* (*a*). A I X.

Les motifs de cette Loi sont puisés dans la source de la plus pure équité, Justinien l'a adoptée dans le §. 5 de la Loi unique *cod. de caducis tollendis*; mais il ne faut pas, ce semble, étendre la transmission du fidéicommis au cas auquel l'héritier institué ou le premier substitué vient à prédécéder le testateur, ni dans le cas auquel il s'agit d'un fidéicommis conditionnel, dont la condition n'a pas été réalisée du vivant du premier appellé; mais quoique la transmission ne doive pas avoir lieu, dans le cas auquel le premier appellé à une substitution est décédé avant l'héritier institué laissant des enfans, à l'effet de transmettre à ses enfans la substitution ou fidéicommis non recueilli (*b*); cependant la Jurisprudence des Arrêts de ce Parlement a donné, à l'existence de ces en-

(*a*) *Per hanc juvemus sanctionem in posterum valituram filios seu filias nepotes vel neptes à patre vel à matre, ab avo vel ab avia scriptos heredes.....*

(*a*) Boniface, tom. 3 de la seconde compilation, liv. 2, tit. 14, chap. 1, pag. 314.

AIX.

fans, l'effet d'exclure un second substitué qui n'est appellé au second degré que sous la condition que le premier appellé décédéroit sans enfans, laquelle Jurisprudence a pour principe que la condition a failli, puisque le premier appellé a eu des enfans existans lors de l'ouverture de la substitution ; & l'on a même porté les choses encore plus loin, car dans cette même hypothese on a quelquefois ouvert le fidéicommis en faveur des enfans du premier appellé & prédécédé, quoique ces enfans ne fussent que sous la condition & non pas en la disposition, ce qui ne peut aussi avoir pour principe que la transmission mal entendue, en quoi on s'est éloigné des véritables principes du Droit ; ensorte que pour ramener les choses en l'état auquel elles étoient par le Droit Romain, la transmission à l'effet de faire recueillir par les enfans l'institution ou fidéicommis échu à leur pere, devroit être limitée au seul cas auquel le tout étoit échu du vivant de leur pere, & qu'il n'en avoit néanmoins eu aucune connoissance, ni par conséquent fait aucune acceptation, & elle ne devroit pas être admise en autre cas, c'est-à-dire lorsque leur pere auroit prédécédé le testateur (*a*), ou quand il seroit mort avant que la condition sous laquelle le fidéicommis lui auroit été déféré par le testateur fût arrivé, & que l'échéance de ce fidéicommis n'auroit pas été réalisée par l'événement de la condition.

M. LE BRET, premier Président.

CETTE Jurisprudence qui admettroit la représentation pour faire recueillir par le fils la substitution faite en faveur de son pere décédé avant qu'elle fût ouverte, sembleroit mériter le nom d'abus, tant elle choque les bons principes, suivant lesquels tout est personnel dans les dispositions testamentaires ; ainsi l'on estime qu'il devroit être aboli dans les lieux où l'on le connoît, bien loin de l'étendre en Provence où l'on ne fait rien de semblable.

M. DE CORMIS, Avocat.

LA transmission du fidéicommis testamentaire est contraire à l'intention de la Loi & à la véritable Jurisprudence, suivant laquelle tout est personnel en fait de disposition testamentaire, & il n'y a ni transmission ni représentation, & il semble que ce seroit le meilleur parti de réformer cet abus de l'usage du Parlement de Toulouse, que de le multiplier & le rendre général.

(*a*) *Leg.* 101, *ff. de condit. & demonstrat.* Saint-Jean, décision 77.

VINGT-

VINGT-SEPTIEME QUESTION.

SUPPOSÉ que cette Jurisprudence doive être rendue générale, faut-il la borner au premier degré ou l'étendre à toute la ligne directe en quelques degrés que ce soit, & si en pareil cas celui qui est dans un degré plus proche doit être préféré à celui qui est dans un degré plus éloigné ?

BESANÇON.

LA transmission d'un fidéicommis testamentaire par laquelle le fils est censé remplir la place de son pere, qui est mort avant que d'avoir pu recueillir la substitution, paroît être entiérement opposée à la pureté du Droit, par la raison qu'une simple espérance ne peut pas être transmise, & que ce qui n'est pas encore dans nos biens, & qui ne pourroit y venir que par l'événement d'une condition qui n'est pas arrivée ne peut faire partie de notre succession; ce n'est pas qu'il n'y ait quelques Loix qui paroissent favorables au sentiment contraire; mais ces Loix, qui peuvent bien servir à la controverse, n'effaceront jamais les véritables principes, qui font que dans les actes de derniere volonté *in testamentis spes non transmittitur ante conditionis eventum, secus in contractibus*; il y a une infinité de textes qui établissent ce principe, & qu'il est inutile de rapporter en cet endroit étant trop connus. S'il y a quelques exemples dans le Droit de transmission en matiere de fidéicommis, cela doit s'entendre *de fideicommisso jus certum potius quam spem nudam dante*; en tout cas si on vouloit, ce qu'on n'estime pas juste, admettre cette transmission en faveur des enfans, il faudroit la borner aux enfans du premier degré; mais le plus expédient, pour éviter toutes difficultés à cet égard, seroit d'établir que la transmission du fidéicommis testamentaire par laquelle le fils est censé remplir la place de son pere, qui est mort avant que d'avoir pu recueillir la substitution, n'aura pas lieu sans distinction de lignes & de degrés; c'est ce que les Commissaires estiment par rapport aux questions proposées par ces articles.

L'avis contraire à celui qu'on embrasse sur cet article paroît opposé à tous les principes (*Peregrin. de fideicom. art.* 31, *n.* 6 & 8) il donneroit lieu d'ailleurs à une infinité de procès, enfin il est particulier pour le Parlement de Toulouse (*a*). Signés, *Boisot*, *Espiard*, *Tinsean*, *Dorol*, & *Boquet* de *Courbouson*.

(*a*) Bretonnier en ses notes sur la quest. 5, liv. 5, tom. 2 des success. p. 540, s'est trompé lorsqu'il a dit qu'au Parlement de Bordeaux la transmission se regle

COLMAR. La transmission proposée dans cette question est contraire aux regles de notre Droit Ecrit, *leg.* 2, 4 & 25, *ff. quando dies legatorum vel fideicommissorum cedat. André Gail. lib.* 2, *observat.* 132, & une infinité d'autres Auteurs prouvent que l'opinion la plus généralement reçue rejette la transmission. Le substitué est bien dans la condition, mais son héritier n'y est pas, & par conséquent il n'y a pas ouverture à la substitution en faveur de l'héritier.

Cependant nous aimons mieux la Jurisprudence du Parlement de Toulouse, elle est sage, elle est juste, elle est conforme aux principes du Droit naturel. Tout homme qui fait une substitution doit être censé n'appeller des étrangers, des collatéraux, qu'en défaut de sa ligne directe, auquel le penchant de la nature doit faire croire qu'il a prétendu donner la préférence sur des collatéraux auxquels il ne doit rien : nous croyons donc que le desir de conserver & de transmettre ses biens dans la ligne directe a été son premier objet; & conformément à ce desir nous adoptons la transmission qui donne à ce fils la place de son pere mort avant l'ouverture de la substitution, nous souhaitons que la maxime de MM. de Toulouse devienne une Loi générale du Royaume. Signés, de *Corbeson*, *Holdt*, *Muller* & *Mulle*.

BORDEAUX. La Jurisprudence dont il est parlé dans la question proposée n'a jamais eu lieu au Parlement de Bordeaux, nous la regardons comme entiérement contraire aux textes du Droit & à la nature des conditions testamentaires, qui est de ne pouvoir point se transmettre *ad quoscumque heredes*. Les Auteurs même du Parlement de Toulouse n'ont pu s'empêcher d'en convenir : ainsi bien loin de penser que cette Jurisprudence dût être étendue par-tout le Royaume, nous croyons plutôt qu'il faudroit l'abroger dans les pays qui l'ont observée jusqu'à présent, parce que sous prétexte de favoriser les enfans, elle multiplie les substitutions sans nécessité, & produit d'ailleurs des inconvéniens & des embarras inévitables. Signés, *Gilles de Lacase*, *Le Berthon*, *d'Albessard*, *Bigot*, *Jegun*, *Le Moncreau*, *Loyal*, *Dudon*, *du Viguier* & *de La Tresne*.

---

comme au Parlement de Toulouse. Lapeyrere, lett. H, n. 114, dit positivement le contraire, édition de 1725. Les Auteurs des notes sur ce nombre sont de même avis, voyez les pages 442, 436, 438 & 501.

DIJON.

LA transmission en ligne directe du fidéicommis testamentaire en faveur du fils de l'héritier substitué qui est mort avant que d'avoir pu recueillir la substitution, n'est pas connue dans les autres Parlemens du Royaume; & la Jurisprudence du Parlement de Toulouse, qui l'a introduite, est, suivant l'avis qu'en a porté Dolive dans ses questions notables, liv. 5, chap. 23, contre les principes du Droit : la disposition des Loix & la commune opinion des Docteurs paroît en effet contraire au droit naturel, qui n'attribue ni effet ni qualité à une chose qui n'existe pas, & qui peut-être n'arrivera jamais, *non existentis nullæ sunt qualitates & accidentia.*

Elle est opposée à un grand nombre de Loix, dont les unes décident que le fidéicommis conditionnel n'étant encore que dans l'espérance avant l'événement de la condition, il n'est point au nombre de nos biens *substitutio quæ nondum competit extra bona nostra est*, & les autres apprennent que si le légataire, comme le substitué, décede avant que la condition soit arrivée, le fidéicommis & les legs deviennent caduques & ne passent point aux héritiers, *intercidit legatum si ea persona decesserit, cui legatum est sub conditione.*

Elle est enfin contraire au sentiment unanime des Docteurs, qui sont d'avis que le fidéicommis conditionnel ne peut pas, avant l'échéance de la condition, se transmettre aux enfans du fidéicommissaire quoiqu'il soit fait par l'aïeul. *Fideicommissum conditionale non transmittitur ad suos heredes ante eventum conditionis, etiamsi factum sit ab avo.*

Le Parlement de Dijon l'a décidé de même par Arrêt du premier Août 1674, & les Commissaires estiment qu'on doit laisser subsister cet usage qui est fondé sur la Loi même. Signés, de *Birbisey*, *Bouhier*, *Lantin*, *Thiery* & *Genreau.*

FLANDRES.

LA Jurisprudence du Parlement de Toulouse qui a introduit la transmission du fidéicommis testamentaire en ligne directe, paroît être si contraire aux vrais principes du Droit & à la disposition expresse des Loix, que nous ne croyons pas qu'elle doive avoir lieu dans le reste du Royaume, & nous estimons plutôt que la Jurisprudence de ce Parlement doit être réformée à cet égard, étant contre la droite raison de juger qu'un pere ait transmis à son fils un droit qu'il n'avoit point de son vivant. L'opinion de ceux qui admettent cette transmission n'étant fondée que sur la

FLANDRES.

présomption de la volonté du testateur, elle peut d'autant moins avoir lieu dans les Provinces de notre ressort, que par l'art. XVII, de l'Edit perpétuel qui y fait Loi, »il est ordonné à ceux qui veulent »user de substitution & de fidéicommis, d'expliquer clairement »leur volonté & intention. Signés, *Pollinchon*, *Pinault* de *Banneaux*, *Douche* de *Beaulieu*, *Visant* de *Ponange*, de *Burges*, *Bissehop*, *Curpin*, de *Calonne*, *J. Vaymel*, *Duparq* & *Vermineau*.

GRENOBLE.

Le Parlement de Dauphiné, qui suit le Droit Romain dans toute sa pureté, ne connoît point la transmission du fidéicommis testamentaire. Il seroit inutile de s'arrêter à faire voir que cette transmission est contraire au Droit Romain; cela est si parfaitement établi par *Mr. Dolive dans ses questions notables*, *liv.* 5, *chap.* 23. *Par Mr. Louet*, *lettre F*, *somm.* 2, *& lettre H*, *somm.* 8, & *ibid.* Brodeau qui en rapporte toutes les autorités, qu'il n'y a qu'à les lire pour ne pouvoir pas les révoquer en doute.

Ainsi il y auroit beaucoup d'inconvéniens à changer la Jurisprudence de ce Parlement, & ce seroit donner lieu à un grand nombre de procès que cette transmission cause dans le Parlement de Toulouse, où elle a été introduite par ses Arrêts, comme on l'apprend des Docteurs de ce pays qui en traitent. Il paroîtroit plus juste de réformer la Jurisprudence du Parlement de Toulouse, qui a introduit cette transmission contre la disposition du Droit, que de l'étendre dans tout le Royaume, étant beaucoup plus avantageux pour le public de restreindre les substitutions que de les étendre; cela seroit même plus conforme à l'esprit des Ordonnances qui les ont réduites à deux degrés, l'institution non comprise. Signés, de *Grammont*, *Lacroix* de *Sayne*, de *Loyssin*, *Morel*, *Montrivier* & *Vidault*, Procureur Général.

METZ.

Nous estimons que la Jurisprudence du Parlement de Toulouse à l'égard de la transmission doit être réformée, parce qu'elle donne trop d'étendue aux substitutions, & que dans les principes de Droit la simple espérance ne peut se transmettre, & qu'il faut que le droit soit ouvert. Signés, de *Montholon*, *J. Pierre*, de *Lange*, *Bertrand*, *Muzac*, *Le Goulon* de *Champel*, *Bonneau* & *Lançon*.

PAU.

Nous n'admettons point dans ce Parlement la transmission du fidéicommis, & nous croyons qu'à cet égard il seroit convenable de réformer la Jurisprudence du Parlement de Toulouse, parce

qu'elle eſt entiérement contraire au Droit Romain, & qu'elle paroît l'être auſſi aux principes de la nature. Il eſt difficile de comprendre qu'on puiſſe tranſmettre ce qu'on n'a pas ; les reſtrictions que le Parlement de Toulouſe fait lui-même à cette Juriſprudence marque bien qu'il ſent qu'il s'écarte des principes du Droit & de la raiſon, ſous prétexte d'une équité arbitraire qu'il eſt toujours dangereux de ſuivre lorſqu'elle eſt contraire aux regles & à la raiſon naturelle. Signés, de *Gaubert*, *Caſaux*, *Mignon*, *Deodat*, *Deſclaux*, *Meſplés*, *Bordenave*, *Dejean*, *Leſan*, *Bonnecaſe*, *Caſenave* & de *Caſeaux*.

PAU.

Si l'on conſulte les Loix, les Juriſconſultes & les ſentimens des Docteurs, l'eſpérance du fidéicommis auquel on eſt appellé & qu'on n'a point recueilli, prévenu par la mort, n'a pu être tranſmis au fils & autres aſcendans. *Subſtitutio quæ nondum competit extra bona noſtra eſt*, *leg. ſubſtitutio* 42, *ff. de acquir. rer. domin.*

PAU.
M. DE GAUBERT, premier Préſident.

L'on peut argumenter des fidéicommis aux legs qui ſe réglent par les mêmes principes. *Intercidit legatum ſi ea ex perſona deceſſerit cui legatum eſt ſub conditione*, *leg. intercidit* 59, *ff. de condit. & demonſtrat.* il y a d'ailleurs une foule de Loix répandues dans le Digeſte & Code confirmées par l'Empereur Juſtinien, *leg. un.* §. *ſi autem* 7, *cod. de caduc. toll.*

Pour les Docteurs, *Peregrinus de fideicom.* art. 31, n. 6, lequel après avoir rapporté pluſieurs Loix & de ſolides raiſons conclut ainſi : *quomodo potuit tranſmittere moriens iſte, cui viventi nullum jus re, nec ſpè, quæſitum fuerat.*

Mantica de conject. ult. volunt. lib. 11, *tit.* 20, dit, appuyé ſur les Loix, *frequentiſſimo calculo magis receptum eſt, ut nec in liberos deſcendentes fideicommiſſum relictum ſub conditione ante eventum conditionis tranſmittatur, tametſi ab aſcendente fuerit relictum.*

Fachin. controv. juris libro 10, *ch.* 20, eſt du même ſentiment.

Faber de error. pragma. decad. 3, *err.* 3, *art.* 13, ſoutient auſſi par de puiſſantes raiſons, que la tranſmiſſion du fidéicommis ne doit avoir lieu en aucun cas. *Hoc vero ita eſt, ut neque verbis expreſſis poſſit legatum vel fideicommiſſum conditionale fieri tranſmiſſibile, quanto minus ferendum erit, ut tale fieri poſſit, per nudas conjecturas voluntatis, ut quæ majorem habeat poteſtatem tacitum quam expreſſum.*

Pour la Juriſprudence des Arrêts, *M. Louet lett. F*, *ſomm.* 2, rapporte un Arrêt du Parlement de Paris du 28 Mars 1589, qui a

PAU.

jugé que le fidéicommis conditionnel *non transmittitur ad suos heredes, ante eventum conditionis, etiamsi factum sit ab avo.* Brodeau au même chapitre rapporte un autre Arrêt du 5 Mars 1620 qui a jugé conformément : Arrêts fondés sur ces maximes, *hereditatem nisi fuerit adita transmitti non posse, leg.* 7, *cod. de jur. deliber.* & sur celle indiquée par *M. Cujas, consult.* 15, *jus representationis in substitutionibus locum non habet.*

Henrys, tom. 1, *liv.* 5, *quest.* 25, *& tom.* 2, *liv.* 5, *quest.* 5, exclut dans les fidéicommis testamentaires toute transmission ou représentation, sentiment fondé sur les véritables principes. *Me. Bretonnier* dans ses observations sur Henrys, *tom.* 2, *liv.* 5, *quest.* 5, ramene sur la question, avec un ordre & une précision inimitables, les Loix, les sentimens des Docteurs & les Arrêts.

Marie Ricard des substitutions directes & fidéicommissaires, traité 3, *chap.* 9, *n.* 638, rapporte les mêmes Arrêts du Parlement de Paris ramenés par M. Louet, & soutient fortement que la transmission du fidéicommis testamentaire blesse les principes & la raison.

Guy Pape quest. 232, *& Expilli arr.* 124, attestent que la Jurisprudence du Parlement de Grenoble est conforme à celle du Parlement de Paris, qui n'admet point la transmission du fidéicommis testamentaire.

Le Parlement de Toulouse, abandonnant les Loix & la rigueur du Droit, a embrassé, par une espece d'équité, la transmission en faveur des descendans du substitué, qui est aussi descendant du testateur, pour exclure les étrangers, dans la vue d'empêcher que les biens ne passent dans des familles étrangeres au préjudice des descendans présumés, *magis dilecti*, par le sang & la nature; les Arrêtistes attestent cette Jurisprudence. *M. Maynard, liv.* 5, *chap.* 33. *M. Larroche, liv.* 3, *sur le mot* substitution, *arr.* 3. *M. Cambolas, liv.* 2, *chap.* 10. *M. Dolive, liv.* 5, *chap.* 23, qui discute solidement la question, convenant néanmoins que la transmission du fidéicommis testamentaire ne peut se faire réguliérement avant l'événement de la condition, lorsque le fidéicommissaire a prédécédé celui qui étoit chargé de la restitution du fidéicommis, il fait néanmoins deux précisions.

1°. Que lorsque la faveur des enfans ne s'y trouve point, il faut s'en tenir aux principes des Loix & rejetter la transmission.

2°. Que s'il y a des enfans du testateur vivant qui viennent de leur chef comme expressément appellés, ils excluent leurs neveux,

lesquels ne peuvent en ce cas représenter leur pere appellé au fidéicommis, & venir en concours avec leurs oncles. *M. de Catellan, tom.* 1, *liv.* 2, *chap.* 71, rapporte nombre d'Arrêts qui ont jugé que la transmission n'a point lieu en faveur des enfans du substitué, lorsqu'il y a des descendans du testateur plus proches & nommément appellés.

PAU.

Boerius, décision 254, *n.* 13, rapporte un Arrêt du Parlement de Bordeaux du 13 Juillet 1524, donné après partage, qui a jugé en faveur de la transmission. *Fuit conclusum substitutum spem posse transmittere in suos. Lapeyrere, lettre T, n.* 151, en fait une décision.

M. de Lamoignon dans ses arrêtés, tit. des fidéicommis, art. 7, la transmission se fait aux petits-enfans, du fidéicommis qui étoit au profit de leur pere, encore que le pere soit décédé avant l'échéance de la condition imposée par la donation ou le testament de l'aïeul, laquelle transmission aura lieu à l'égard des autres descendans en quelques degrés qu'ils soient.

Il semble que la Jurisprudence du Parlement de Toulouse, quoique contraire aux principes du Droit, devroit être suivie comme plus équitable, par laquelle le fils est censé remplir la place de son pere décédé. *Gradum ejus sub intrat*, & devroit comme lui recueillir le fidéicommis, & ce avec les précisions indiquées par les Arrêtistes de ce Parlement.

1°. Que cette transmission regarde un des descendans. *In filiis & cum agitur de successione ascendentium.*

2°. Que cette faveur regarde un des descendans du substitué, qui est aussi descendant du testateur, pour le préférer à des étrangers.

3°. Qu'il ne s'y trouve point des substitués nommément appellés qui excluroient toujours leurs neveux, lesquels ne peuvent concourir avec leurs oncles, nommément substitués & appellés au fidéicommis sans transmission, lesquels sont dispositivement appellés.

Nous estimons néanmoins que la Jurisprudence du Parlement de Paris & de Grenoble, qui n'admet point dans ce cas la transmission du fidéicommis testamentaire, doit être suivie comme la plus réguliere & conforme au Droit Romain.

ROUSSILLON.

CETTE Jurisprudence a rendu le fidéicommis conditionnel transmissible indistinctement, & sans le sécours d'aucune conjec-

ROUSSILLON.

ture, en quoi elle doit être réformée, comme contraire aux principes du Droit, à la disposition des Loix, & à la commune opinion des Docteurs.

En effet, le fidéicommis conditionnel, avant l'événement de la condition, consiste dans la seule espérance qui n'est point parmi la nature des choses ni au nombre de nos biens (*a*); elle ne sauroit donc être transmise, puisqu'il est impossible de donner quelque qualité & d'attribuer quelque effet à ce qui n'est point, & qui peut-être ne sera jamais (*b*).

La raison naturelle s'oppose à une pareille Jurisprudence que les Loix (*c*) détruisent totalement, en déclarant le droit de substitution personnel & par conséquent non transmissible.

Les Docteurs (*d*) pensent de même, ils disent que c'est une erreur grossiere de soutenir le contraire, & que c'est une contradiction manifeste de rendre un fidéicommis conditionnel transmissible, & le déclarer par-là pur & conditionnel tout à la fois, & lui donner en même temps deux qualités contraires & incompatibles.

L'erreur de ceux qui ont adopté la Jurisprudence proposée dans la question, provient de ce qu'ils ont suivi l'opinion de la glose *in personam*, *cod. de fideicom.* appellée par un Auteur *solitariam*, qui a étendu, en faveur des fidéicommis conditionnels, le privilege de transmission accordé aux enfans dans la Loi unique *cod. de his qui ante apert. tab.* Mais l'Auteur de cette glose n'a pas réfléchi que la transmission accordée aux héritiers nommés *sui*, étoit déja autorisée par le Droit ancien dans l'institution de toute, ou d'une partie de l'hérédité (*e*); que ces sortes d'héritiers sont censés avoir acquis l'hoirie par leur existence au temps du testament : rien n'empêche donc qu'ils ne puissent la transmettre, & d'un autre côté les Loix caduquaires n'avoient pas lieu à leur égard, quoiqu'ils décédassent avant l'ouverture de la succession.

Aussi voit-on qu'il est plus aisé de transmettre une succession pure & simple à laquelle il ne manque que l'adition pour être

(*a*) *Leg. substitutio de acquir. rer. domin.*

(*b*) *Leg. ejus qui in provincia, ff. de reb. cred.*

(*c*) *Leg.* 16 §. *Pomponius de minor. leg.* 10, 25, 45, §. *final. de vulgat. & pupill. & aliæ.*

(*d*) Guy Pape, décis. 22 & 27. *Ludovicus Roma, cons.* 19. *Benedict. & Ant. Faber, in cod. & de error. Pragmat. Louet, &c.*

(*e*) *Leg. in suis, ff. de suis & legit. heredib. & leg. apud hostes cod. eod.*

parmi

parmi les biens de celui qui est appellé, qu'une simple espérance qui dépend d'un événement incertain, & de la circonstance si le fidéicommissaire survivra à l'échéance de la condamnation, cette espérance étant devenue caduque par le prédécès du fidéicommissaire, il n'a donc jamais rien eu à sa disposition, & par conséquent il n'a pu transmettre ce qui ne lui appartenoit pas, *leg. heredes mei*, §. *cum ita*, *ff. ad S. C. trebell.* Signés, *Deponte*, *d'Albaret*, *Dupont*, de *Villars*, *Collarés*, *Bonnet* de *Romanya*, *Gispert*, de *Fulla*, *Regnés*, *Després*, *Bonnet* & *Sans*.

ROUSSILLON.

Le droit de transmission du fidéicommis testamentaire a été introduit en ligne directe par la Jurisprudence constante du Parlement de Toulouse. *Spes fideicommissi transmittitur in directa*, contre la pureté du Droit Romain, *leg. unic. cod. de caduc. tollend.* Cependant comme de très-puissans motifs, inspirés par l'équité naturelle ou par l'intérêt public, sont le principe de cette Jurisprudence, ainsi que les meilleurs Auteurs l'ont reconnu, entr'autres *M. Dolive*, *liv.* 5, *chap.* 23, nous croyons aussi qu'elle doit avoir lieu dans tout le Royaume; & par une conséquence de suite, que loin qu'il convienne d'abolir la Jurisprudence du Parlement de Toulouse, il convient au contraire de la rendre commune, non-seulement aux Parlemens du Royaume qui conforment leurs décisions au Droit Ecrit, mais même à ceux des pays coutumiers. Tel étoit le sentiment de M. le premier Président de Lamoignon, rapporté dans ses arrêtés (*a*). »Toutefois, dit cet arrêté, la transmission se fait aux petits-enfans du fidéicommis qui étoit au »profit de leur pere, encore que le pere soit décédé avant l'échéance de la condition imposée par la donation ou testament de leur »aïeul, laquelle transmission aura lieu à l'égard des autres descendans en quelques degrés qu'ils soient.

TOULOUSE.

L'objet de la transmission est de conserver les biens dans les familles, & de faire passer sur la tête des enfans une hérédité qui leur auroit appartenu si leur pere avoit vécu: on présume d'ailleurs volontiers, *conjectura pietatis*, que si le testateur avoit prévu ce cas, il les auroit préférés à un étranger, qu'il semble avoir moins aimé. *Plus dilectum minus scriptum*, comme dit la Loi *cum avus*, *ff. de condit. & demonstrat.* (*b*).

(*a*) Arrêtés de M. le premier Président de Lamoignon, du tit. 2 des fidéicommis, arrêté 7.

(*b*) Maynard, liv. 5, chap. 33, 35 & 36, liv. 7, chap. 7. Larroche, liv. 3,

TOULOUSE.

Cette forte présomption est fondée sur le vœu commun de la nature & sur celui des parens, & pour parler le langage de la Loi sur la raison naturelle, qui, comme une Loi tacite, destine aux enfans la succession de leurs parens.

Ainsi nous croyons que notre Jurisprudence concernant le droit de transmission doit avoir lieu dans tout le Royaume, & qu'en conséquence on doit juger que le fils est censé remplir la place du pere qui est mort avant d'avoir pu recueillir, lorsqu'il s'agit d'exclure un étranger, *& non autrement.* Signés, le *Président Daspe*, *Comere* de *Labastide*, *Pegueyroles*, *Bastard*, de *Catellan-Lamasquere*, *Azemar*, *Cassand*, *Aymar*, *Caussade*, de *Celés*, *Parasa*, *Daspe* de *Meilhan*, & *Le Masuyer*, Procureur Général.

PARIS.
M. le Procureur Général.

CETTE question a été traitée avec tant d'étendue & avec tant de solidité par les rédacteurs, qu'après avoir lu exactement les deux rédactions, on a cru unanimément qu'il n'y avoit rien à ajouter, ni à ce qu'ils ont rapporté, ni à ce qu'ils ont pensé; ainsi on a estimé que la transmission du fidéicommis testamentaire qui a lieu dans le Parlement de Toulouse doit être abolie, & que conformément à la regle générale établie par l'art. VI des arrêtés de M. le premier Président de Lamoignon (& ce sans avoir égard à l'exception portée par l'art. VII) le substitué nonseulement par testament, mais même par contrat, ne peut transmettre le fidéicommis à ses héritiers même en ligne directe, s'il n'est vivant lors de l'échéance de la condition.

EXTRAIT DE L'AVIS DE Mr. PERINELLE, L'UN DES RÉDACTEURS.

LA Jurisprudence des Parlemens du Royaume est contraire à celle du Parlement de Toulouse, laquelle néanmoins a été suivie par Arrêt du 18 Mars 1728, Rapporteur Mr. Pucelle, & confirmatif d'une Sentence des Requêtes du Palais, dans cette espece.

Messire Jean-Georges Garraud de Donneville, Président à Mortier au Parlement de Toulouse, n'ayant qu'une fille, la maria en 1679 au Marquis d'Alegre, depuis Maréchal de France.

---

in verb. substit. arr. 3, liv. 4, *in verb.* transmission, art. 1 & 16. Graverol, Dolive, liv. 5, chap. 23. Cambolas, liv. 2, chap. 10; liv. 5, chap. 2; liv. 6, chap. 33. Catellan, liv. 2, chap. 71. Fernand, *ad leg. si unquam*, *n.* 10, *v.* 11.

De ce mariage naquit, en 1680, Marie-Thérese-Dauphine d'Alegre, sa fille, son héritiere, mariée depuis à Mr. de Barbesieux.

PARIS.

Le Président de Donneville, par son testament du 16 Août 1683, institua Madame d'Alegre, sa fille, son héritiere; il lui substitua tel de ses enfans mâles qu'elle voudroit nommer, & au cas qu'elle décédât sans enfans mâles, il lui substitua Marie-Thérese-Dauphine d'Alegre sa fille; à celle-ci Madame de La Terrasse, sœur du testateur, & à Madame de La Terrasse Henri-Antoine de Garraud.

Madame d'Alegre recueillit la succession de son pere décédé en 1684, & eut depuis plusieurs filles, entr'autres trois qui lui survêcurent.

Marie-Thérese-Dauphine d'Alegre épousa en 1696 Mr. de Barbesieux, & eut deux filles, dont l'une fut Madame la Duchesse d'Harcourt, l'autre après avoir épousé le Duc de Bouillon mourut avant Madame d'Alegre son aïeule, & laissa le Duc de Château-Thiery son fils unique. Madame d'Alegre mourut en 1723.

M. de Garraud prétendit alors être en droit de recueillir le fidéicommis, parce que Madame d'Alegre n'avoit point laissé d'enfans mâles, & que Madame de Barbesieux, appellée avant lui, étoit morte avant l'échéance du fidéicommis arrivé par le décès de sa mere.

GÉNÉALOGIE.

LE PRÉSIDENT DE DONNEVILLE.

DELPHINE DE COLONGES.

MARECHALE D'ALEGRE, morte en 1723.

- MARIE-THÉRESE-DAUPHINE D'ALEGRE, morte avant sa mere. Mr. DE BARBESIEUX.
  - NÉE DE BARBESIEUX. LE DUC D'HARCOURT.
  - NÉE DE BARBESIEUX, morte avant son aïeule. LE DUC DE BOUILLON.
    - LE DUC DE CHATEAU-THIERY.
- La Comtesse de RUPELMONDE.
- Madame de MAILLEBOIS.
- Mademoiselle D'ALEGRE.

PARIS.

Les Dames de Rupelmonde, & de Maillebois, & la Demoiselle d'Alegre, disoient que la substitution étoit devenue caduque par leur naissance, suivant les Loix *cum avus & cum acutissimi*, suivant lesquelles on supplée la condition *si sine liberis*, dans la substitution faite par un aïeul ou un pere au profit d'un collatéral ou d'un étranger, des biens dans lesquels il institue un de ses enfans, & qu'ainsi la succession de Madame d'Alegre devoit se partager également entre les quatre filles de Madame d'Alegre ou leurs représentans.

Mais Madame d'Harcourt soutenoit que la substitution subsistoit encore, & que la vocation faite par le testateur de Madame de Barbesieux sa mere étoit transmise en sa personne, qu'ainsi elle devoit être transmise elle-même comme substituée, au moyen de quoi elle excluoit le sieur de Garraud & ses tantes.

Le Duc de Château-Thiery fondé sur la même transmission, & la portant encore plus loin, soutenoit que le droit de Madame de Barbesieux avoit aussi passé en sa personne, d'abord par une premiere transmission d'elle à Madame de Bouillon sa mere, & ensuite par une seconde transmission de Madame de Bouillon à lui, & prétendoit par ce moyen partager la substitution avec Madame d'Harcourt.

L'Arrêt a été en faveur de cette derniere, & a jugé,

1°. Que le droit de sa mere lui étoit dévolu par la voie de la transmission, & qu'en conséquence elle excluoit le sieur de Garraud quoique nommément appellé, & ses tantes, petites-filles du testateur, mais non appellées.

2°. Que le Duc de Château-Thiery ne pouvoit avoir le même droit par une transmission de transmission.

La Jurisprudence de Toulouse, regardée comme un statut réel parce que les biens y étoient situés, a servi de regle au Parlement de Paris, qui dans son ressort a toujours décidé le contraire.

Mais la Jurisprudence de Toulouse au sujet de la transmission doit-elle être adoptée ?

La transmission est une subrogation qui se fait en ligne directe des enfans au lieu de leur pere ou mere, qui étoient appellés par leurs ascendans à une substitution, & qui sont décédés avant son ouverture. Le Parlement de Toulouse a lui-même varié dans sa Jurisprudence.

1°. L'effet de la transmission étant de subroger le fils au lieu du pere décédé avant l'ouverture du fidéicommis, conduisoit à faire

considérer la vocation du pere comme renfermant celle des enfans ; au moyen de quoi les enfans devant exercer les mêmes droits que leur pere, devoient exclure, comme lui, les étrangers ou collatéraux appellés, *& même les descendans du testateur quoique nommément appellés, mais dans un ordre postérieur à celui de leur pere ;* c'est ce qui fut jugé à Toulouse en 1548, 1586, 1595 & 1624. Maynard, liv. 5, chap. 33. Cambolas, liv. 2, chap. 10. Dolive, liv. 5, chap. 23.

2°. Depuis on a apporté une limitation à cette Jurisprudence, en rejettant la transmission lorsqu'on a voulu s'en servir contre un descendant du testateur, lequel étoit lui-même appellé nommément de son chef, ainsi jugé en 1659. Catellan, liv. 2, chap. 71, & tel est aujourd'hui l'usage à Toulouse.

La transmission y produit deux effets. Pour exclure, 1°. le collatéral ou étranger nommément appellé. 2°. Les descendans même du testateur non appellés nommément, de sorte que la transmission cesse quand l'un des descendans est expressément appellé ; c'est aussi par cette raison, que suivant l'Arrêt de Paris de 1728, Madame d'Harcourt a été subrogée à sa mere, nommément appellée & prédécédée avant l'échéance du fidéicommis, & qu'elle a exclus le sieur de Garraud, collatéral, nommément appellé, & ses tantes, petites-filles du testateur, mais non appellées au fidéicommis.

3°. A Toulouse le plus proche exclut le plus éloigné, & on n'admet point la transmission de transmission. Dolive, liv. 5, chap. 23, aux addit.

4°. On y a cependant limité cette maxime, car transmission de transmission a lieu quand il s'agit d'exclure un étranger ; ainsi jugé le 23 Juin 1676. Catellan, liv. 2, chap. 73.

Mais le Parlement de Toulouse vient d'abandonner lui-même une partie de sa Jurisprudence, il demande qu'elle soit maintenue à l'effet d'exclure les étrangers & non autrement. Nous croyons, dit-il, que notre Jurisprudence concernant le droit de transmission doit avoir lieu dans tout le Royaume, & qu'en conséquence on doit juger que le fils est censé remplir la place du pere qui est mort avant que de recueillir, lorsqu'il s'agit d'exclure un étranger *& non autrement.*

On voit par-là que ce Parlement abandonne lui-même la partie de sa Jurisprudence, qui tendoit à donner au droit de transmission l'effet d'exclure jusques aux propres descendans du testateur, lorsqu'ils n'étoient pas appellés précisément au fidéicommis.

PARIS.

C'eſt néanmoins en conſéquence de cette Juriſprudence, que le Parlement de Toulouſe reconnoît aujourd'hui abuſive, que dans l'affaire de Garraud le Parlement de Paris a été obligé d'exclure des deſcendans du teſtateur plus proches pour leur préférer une fille de l'appellée, quoique cette fille fût plus éloignée.

Mais pour connoître s'il eſt convenable d'admettre la tranſmiſſion, il faut examiner le pour & le contre.

Mr. Dolive explique le contre.

Quant au pour, M. Dolive en donne deux motifs.

Le premier, la faveur des deſcendans.

Le ſecond, l'équité qui ne ſemble pas permettre qu'on faſſe paſſer à des étrangers les biens d'une famille au préjudice de la poſtérité du teſtateur. 3°. L'on ajoute, l'intention préſumée du teſtateur qui eſt toujours cenſé avoir préféré ſa deſcendance à des étrangers. 4°. Le motif de la Loi unique *cod. de iis qui ante apert. tabul. ſi quidem per indignum eſt fortuitas ob cauſas, vel caſus humanos, nepotes ..... avita ſucceſſione fraudari, alioſque adverſus avitum deſiderium inſperato legati commodo vel hereditate gaudere.* 5°. L'art. VI des arrêtés de M. de Lamoignon, titre des fidéicommis, porte : »Le ſubſtitué par contrat ou par teſtament »ne peut tranſmettre le fidéicommis à ſes héritiers, s'il n'eſt »vivant lors de l'échéance de la condition ; & l'art. VII y ajoute : »Toutefois la tranſmiſſion ſe fait aux petits-enfans du fidéicom»mis qui étoit au profit de leur pere, encore que le pere ſoit décé»dé avant l'échéance de la condition impoſée par la donation ou »le teſtament de leur aïeul, laquelle tranſmiſſion aura lieu à »l'égard des autres deſcendans en quelque degré qu'ils ſoient.

Cependant la tranſmiſſion étant contraire aux Loix & à la raiſon il faut la rejetter, d'autant mieux qu'il paroît très-facile d'empêcher d'ailleurs & ſans s'écarter des principes, que des étrangers ne puſſent enlever des biens d'une famille au préjudice de la poſtérité du teſtateur.

Premier Moyen. Les Loix *cum avus & cum acutiſſimi*, car elles ſuppoſent que quand un pere a inſtitué ſon enfant & lui a ſubſtitué un collatéral ou un étranger, il a ſous-entendu la condition *ſi ſine liberis. Idem*, de l'aïeul, & en général de toute la ligne directe. *Fideicommiſſi conditionem conjectura pietatis reſpondi defeciſſe quod minus ſcriptum quam dictum fuerat inveniretur..... ne videatur teſtator alienas ſucceſſiones propriis anteponere.*

Second Moyen. On peut étendre la diſpoſition de ces deux

Loix, & ordonner que toutes les fois qu'un fidéicommis fait en ligne directe se trouvera dévolu à un étranger ou à un collatéral du testateur, il deviendra inutile s'il se trouve, lors de son échéance, quelque descendant du testateur, de quelque côté qu'il provienne, soit de celui de ses enfans qui est mort le dernier, soit d'un autre, ce qu'on pourra néanmoins limiter pour le cas où le testateur aura précisément parlé de ses enfans ou descendans, pour leur préférer expressément l'étranger ou le collatéral; car il doit toujours rester libre à un testateur de disposer de ses biens à sa volonté, même au préjudice des enfans, leur légitime sauve, ce qui est souvent nécessaire pour ceux qui appellent les mâles de leur maison au préjudice leurs propres filles, &c.

PARIS.

Nulle différence à faire entre le fidéicommis contractuel & le testament.

VINGT-SEPTIEME QUESTION.

Supposé que cette Jurisprudence doive être rendue générale, faut-il la borner au premier degré ou l'étendre à toute la ligne directe en quelque degré que ce soit, & si en pareil cas celui qui est dans un degré plus proche doit être préféré à celui qui est dans un degré plus éloigné?

En supposant que la transmission doive être admise dans toute l'étendue de la Jurisprudence du Parlement de Toulouse, ce seroit faire trop de l'admettre au-delà du premier degré.

AIX.

Les deux authentiques *post fratres*, qui sont sous le titre du Code *de legitimis hered.* où il ne s'agit que de la succession *ab intestat*, n'admettent la représentation qu'en faveur des parens au premier degré; ainsi ce seroit beaucoup faire, & même trop, d'étendre cette Jurisprudence abusive pour le premier degré *dans les lieux* où elle ne s'est pas glissée.

M. Le Bret, premier Président.

En confirmant cette Jurisprudence de transmission & de représentation, & la rendant universelle, il sembleroit être mieux de la borner au premier degré, comme procédant d'un abus, que de

M. de Cormis, Avocat.

AIX. M. DE CORMIS, Avocat.

l'étendre à toute la ligne directe, en quelque degré que ce soit; & en pareil cas celui du degré plus proche ne seroit pas préféré à celui du degré plus éloigné : les authent. *post fratres* au titre *de legit. hered.* ne les admettent pour la représentation, même pour les successions *ab intestat*, que pour le premier degré.

BESANÇON.

BESANÇON a répondu à cette question en traitant la question vingt-sixieme.

BORDEAUX.

LA question seule qu'on propose, & sur laquelle les Auteurs même du Parlement de Toulouse ont été si partagés, prouve clairement combien cette Jurisprudence de la transmission entraîne d'embarras après elle, il devroit suffire pour la faire abroger. Nous croyons par la même raison qu'étant aussi contraire qu'elle l'est aux regles du Droit, elle doit plutôt être restreinte qu'étendue; qu'ainsi il seroit plus convenable de la borner au premier degré, & de préférer toujours celui qui est dans un degré plus éloigné. Signés, *Gillet* de *Lacase*, *Le Berthon*, *d'Albessard*, *Bigot*, *Jegun*, *Le Moncreau*, *Loyal*, *Dudon*, *Du Viguier* & de *La Tresne*.

COLMAR.

LE principe de faveur pour la ligne directe qui nous a déterminé sur la question précédente, découvre aisément le parti que nous croyons devoir prendre sur celle-ci.

Quand on veut perpétuer son bien dans sa famille, on ne songe pas seulement à son fils, on appelle toute sa postérité en ligne directe; ainsi nous estimons que la transmission loin de se borner au premier degré, doit s'étendre à toute la ligne directe, & par la maxime qui veut que *proximior gradu excludat remotiorem*, parce que l'amour du testateur est censé plus naturel & plus vif pour les proches : nous tenons que celui qui est en un degré plus proche doit être préféré à celui qui est en un degré plus éloigné. Signés, de *Corbeson*, *Holdt*, *Muller* & *Mulle*.

DIJON.

LES Commissaires n'estiment pas qu'il y ait de réponse à donner sur cette question, qui tombe, ou qui devient inutile, par ce qu'ils ont dit sur la précédente. Signés, de *Birbisey*, *Bouhier*, *Lantin*, *Mairelet*, de *Minot*, *Thiery*, *Normand*, *Quarré* & *Genreau*.

FLANDRES.

NOUS avons observé, sur la question précédente, qu'il ne convient nullement de rendre générale la Jurisprudence du Parlement

ment de Toulouſe à l'égard de la tranſmiſſion du fidéicommis ; ſi par des raiſons que nous ne prévoyons pas, on prenoit un parti contraire, nous eſtimons qu'il faudroit au moins borner cette tranſmiſſion au premier degré, ne pouvant être étendue à toute la ligne directe en quelque degré que ce ſoit, ſans admettre tranſmiſſion ſur tranſmiſſion, ce qui répugne encore plus aux principes. FLANDRES.

Nous croyons auſſi qu'en pareil cas celui qui ſeroit dans un degré plus proche devroit être préféré à celui qui ſeroit dans un degré plus éloigné. Signés, *Pollinchon*, *Pinault* de *Banneaux*, *Douche* de *Beaulieu*, *Viſant* de *Ponange*, & *Vermineau*.

Ce qu'on vient d'obſerver ſur la queſtion précédente rend celle-ci ſuperflue ; cependant ſi on rendoit générale la Juriſprudence du Parlement de Toulouſe, il ſemble qu'il faudroit s'y conformer abſolument. GRENOBLE.

Les Arrêts rapportés par M. Dolive ont jugé qu'elle a lieu dans toute la ligne directe, & que celui qui eſt dans un degré plus proche eſt préféré à celui qui eſt dans un degré plus éloigné. Signés, de *Gramont*, *Lacroix*, de *Sayne*, de *Loyſſin*, *Morel*, *Montrivier* & *Vidault*, Procureur Général.

Si l'on faiſoit un réglement général en faveur de la tranſmiſſion, il faudroit la borner au premier degré, ſans quoi ce ſeroit fiction ſur fiction. Signés, de *Montholon*, *Pierre*, de *Lange*, *Bertrand*, *Muſac*, *Le Goulon*, de *Champel*, *Lançon* & *Bonneau*. METZ.

Il nous ſemble que ſi l'on admettoit la Juriſprudence de la tranſmiſſion, il faudroit la borner au premier degré : c'eſt faire aſſez de violence aux regles en admettant cette tranſmiſſion ſans l'étendre davantage ; & ſuppoſé qu'on l'étendît à toute la ligne directe, il ſembleroit juſte, dans ce cas, de préférer celui qui eſt dans un degré plus proche à celui qui eſt dans un degré plus éloigné, parce qu'à l'égard du plus proche ce ne ſeroit que tranſmiſſion, & que ce ſeroit tranſmiſſion de tranſmiſſion ſur la tête du plus éloigné. Signés, de *Gaubert*, *Mignon*, *Deodat*, *Deſclaux*, *Meſplés*, *Bordenave*, *Dejean*, *Leſan*, *Bonnecaſe*, *Caſenave* & *Deſcaſeaux*. PAU.

En ſuppoſant que la Juriſprudence du Parlement de Toulouſe doive être généralement acceptée, il ſemble, par les réflexions M. DE GAUBERT, premier Préſident.

PAU.
M. DE GAUBERT.

que fait *Mr. Dolive*, *liv.* 5, *chap.* 23, que cette transmission doit être bornée au premier degré au fils du fidéicommissaire ; il ajoute que si celui qui est substitué transmet l'espérance du fidéicommis à ses enfans, c'est chose singuliere, reçue uniquement par la faveur des descendans contre les principes de la saine Jurisprudence & des Loix ; il semble que de-là que ceux qui n'ont point l'espérance du fidéicommis de leur chef, mais seulement par le bénéfice de la transmission, pouvoient la transporter eux-mêmes à leurs enfans ; ce seroit donner deux privileges à une personne, & introduire transmission de transmission, ce qui seroit un monstre dans la Jurisprudence, au sentiment de *Marie Ricard*, *des substit. direct. & fidéicom. liv.* 3, *chap.* 9, *sect.* 1, *part.* 1, *n.* 644.

L'espece de la question précédente qui éclaircira celle-ci, est qu'un pere qui a plusieurs enfans les fait héritiers, les substitue réciproquement *si sine liberis* ; s'il arrive qu'un desdits enfans héritier ayant recueilli l'hérédité meurt sans enfans, les survivans recueillent le fruit de la substitution à l'exclusion des enfans des freres prédécédés, qui ne peuvent prétendre l'espérance du fidéicommis sans avoir été transmise par leur pere décédé, au préjudice des propres enfans du testateur, qui de leur chef sont nommément & dispositivement appellés.

S'il arrive que le dernier survivant des enfans substitué meure sans enfans, & dispose en faveur d'un étranger de sa portion de l'hérédité, & même de la portion de quelque autre frere décédé sans enfans, qu'il a recueilli ; par la Jurisprudence du Parlement de Toulouse les enfans de ces héritiers substitués les uns aux autres petits-fils du testateur, excluront cet héritier étranger par la voie de la transmission, comme représentant leur pere nommément appellés, n'y ayant point des oncles vivans appellés de leur chef, supposant encore que ce fils du testateur substitué & institué réciproquement avec ses freres vive très-long-temps, ensorte qu'il survive à ses freres & ses neveux enfans de freres, ces neveux ayant laissé des enfans arriere-neveux de ce fils, & que ce fils du testateur, grand oncle, mourant sans enfans, institue un étranger, au sentiment de Mr. Dolive, ces arriere-neveux n'excluroient point cet héritier institué, la transmission de la transmission ne pouvant avoir lieu, laquelle doit être bornée au premier degré.

Il semble au premier coup d'œil, & conformément à l'art. VII de M. de Lamoignon, tit. des fidéicom. que la transmission doive

avoir lieu à l'égard des autres descendans en ligne directe, en quelques degrés qu'ils soient, pourvu que ces descendans soient en égal degré. La transmission étant une fois reçue pour les enfans des freres institués & substitués réciproquement, *quæ invidia*; pourquoi exclure les enfans des enfans également descendans du testateur & des héritiers institués & substitués? Mais dans ce cas l'on devroit préférer celui qui est dans un degré plus proche à celui qui est dans un degré plus éloigné; & c'est dans ce cas particulier qu'on devroit distinguer la simple & premiere transmissmission d'avec la transmission de la transmission, qui ne paroît point si favorable, & qui blesse plus les bonnes regles.

PAU. M. DE GAUBERT.

Nous croyons néanmoins que si la transmission du fidéicommis testamentaire devoit être reçue, il faudroit la borner au premier degré; c'est même faire assez de violence aux regles en admettant cette transmission sans l'étendre plus loin, & supposé qu'on la porte à toute la ligne directe par la voie de la transmission de la transmission, il paroît juste dans ce cas de préférer celui qui est dans un degré plus proche à celui d'un degré éloigné, par la raison que par rapport au plus proche ce ne seroit que transmission, & que ce seroit transmission de transmission sur la tête du plus éloigné.

DANS cette supposition il faudroit au moins la borner au premier, parce que autrement on feroit concourir deux droits singuliers & deux privileges en une même personne sur un même sujet; ce seroit aussi introduire transmission de transmission, & accumuler privilege sur privilege, puisqu'il faudroit premiérement feindre une transmission de la personne du fidéicommissaire en celle de son fils, & ensuite une autre de la personne du fils en celle du petit-fils, quoique les uns ni les autres n'eussent jamais eu aucun droit échu en la disposition, ce qui produiroit une espece de monstre dans la Jurisprudence. Signés, *Deponte*, *d'Albaret*, de *Villars*, *Collarés*, *Bonnet* & *Romanya*, *Gispert*, de *Fulla*, *Regnés*, *Després*, *Bonnet* & *Sans*.

ROUSSILLON.

LA transmission a lieu nonseulement pour le premier degré, mais encore pour toute la ligne directe (*a*), & celui qui est dans

TOULOUSE.

(*a*) Catellan, liv. 2, chap. 71, 73 & 74. Maynard, liv. 5, chap. 33, 35 & 36. Dolive, liv. 5, chap. 23. Larroche, liv. 3, *in verb.* substit. art. 3, liv. 4, *in verb.* transmission, art. 1. Cambolas, liv. 2, chap. 10, liv. 5, chap. 2, liv. 6, chap. 33.

TOULOUSE.

un degré plus proche doit être préféré à celui qui est dans un degré plus éloigné.

Les descendans du testateur sont aussi favorables que les enfans du premier degré lorsqu'ils se trouvent en concours avec un étranger ; ainsi dans un fidéicommis graduel ou perpétuel, ceux qui viennent en ligne directe du testateur en quelque degré que ce soit jouissent du droit de transmission, tout comme les enfans du premier degré, lorsqu'ils se trouvent en concours avec un étranger, pourvu qu'il ne soit pas hors du quatrieme degré, *ubi eadem ratio, ibi quoque idem jus statuendum est.*

Il n'est pas moins certain que celui qui est dans un degré plus proche doit être préféré à celui qui est dans un degré plus éloigné, le droit de transmission n'a été introduit que pour exclure les étrangers ; ainsi dans le concours des descendans tous également favorables, la préférence est néanmoins légitimement acquise à celui qui est plus proche, parce que la raison prise de l'équité cesse, & que par conséquent le pouvoir de cette partie de la justice cessant, il n'est plus permis de s'éloigner des regles.

D'ailleurs les descendans plus éloignés ne pourroient venir qu'à la faveur du droit de représentation, laquelle n'a pas lieu dans la succession testamentaire, parce que la représentation dans la succession testamentaire étoit inconnue dans l'ancien Droit Romain, & parce que les plus proches parens étoient appellés au préjudice des plus éloignés. Comme dans toutes les plus anciennes coutumes il n'y avoit point de représentation même en ligne directe, ainsi qu'il paroît de la coutume de Meaux, qui ne fut jamnis réformée, & de quelques autres coutumes, particuliérement de la Picardie, lesquelles coutumes veulent qu'en ligne directe si le fils ainé décede avant son pere laissant un fils, le petit-fils qui vient à la succession de son aïeul par la représentation de son pere, ne prenne dans les biens féodaux qu'une portion de puîné, & que le préciput & le partage avantageux donné à l'ainé par la coutume passe au second fils comme plus proche en degré, à l'exclusion de son neveu fils de l'ainé, ce qui est contraire au principe le plus constant du Droit Romain & de la France coutumiere, & oblige les peres, pour assurer aux descendans de l'ainé en cas de prédécès d'icelui les avantages qui lui sont dus, d'y pourvoir par des donations entre-vifs & par d'autres précautions indirectes.

Comme la représentation n'a été confirmée par le droit des Novelles qu'en la succession *ab intestat*, il n'est arrivé dans le

Parlement de Toulouse aucun changement à cet égard à l'ancienne Jurisprudence Romaine (*a*), parce que l'on n'étend point les Novelles de l'Empereur Justinien hors de leur cas, pour en induire la correction du Droit ancien, & c'est ainsi que le Parlement de Toulouse le juge. De tous les temps il a été également remarquable & constant, que la transmission de la transmission n'a jamais eu lieu dans la Jurisprudence du Parlement de Toulouse, parce que l'on n'ajoute & que l'on ne reçoit point d'extension d'extension, ni une fiction d'autre fiction, *fictio fictionis fictio non est* (*b*). Progrès qui seroient opposés à la Loi Romaine, & parce que la transmission n'a jamais lieu qu'en faveur des enfans ou des descendans contre les étrangers seulement, puisque dans le concours des descendans, ceux qui sont dans la disposition excluent toujours ceux qui ne peuvent venir que par le secours de la transmission, quand ils seroient d'ailleurs dans un degré égal & même plus proche.

TOULOUSE.

Ainsi nous croyons que la transmission doit avoir lieu, non-seulement pour le premier degré, mais encore pour toute la ligne directe en quelque degré que ce soit, & que celui qui est dans un degré plus proche doit être préféré à celui qui est dans un degré plus éloigné. Signés, le *Président Daspe*, *Comere* de *Labastide*, *Pegueyroles*, *Bastard*, de *Catellan-Lamasquere*, *Azemar*, *Cassand*, *Aymar*, *Caussade*, de *Celés*, *Parasa*, *Daspe* de *Meillan*, & *Le Masuyer*, Procureur Général.

PARIS.
M. le Procureur Général.

On n'a opiné sur cette question qu'en disant qu'elle étoit décidée par la précédente, & que ne pouvant penser que le Roi voulût autoriser la transmission, il étoit inutile de parler de cette question qui devenoit réellement inutile, par ce qu'on a estimé sur la premiere.

(*a*) *Leg.* 32, §. 6, *ff. de legat.* 2°. *Novell.* 118, §. 6, *instit. de hæred. quæ ab intestat. defer.* Cujas, consult. 15. Maynard, liv. 5, chap. 45.

Graverol sur Laroche, liv. 4, tit. 6, art. 1. *Raynutius, in verb. & uxorem, décis.* 5, *n.* 59 *& seq.*

(*b*) Godefroy sur la Loi 12, §. 2, *ff. de mandati, cap. quæ à jure* 38, *de reg. jur. in* 6°. *Menoch. de præs. l.* 30, *presumpt.* 51.

VINGT-HUITIEME QUESTION.

Si la représentation a lieu contre ceux qui sont appellés à la substitution dans le cas où elle auroit lieu entr'eux, s'ils succédoient ab intestat, *& s'il faut distinguer sur ce point les substitutions qui sont faites en ligne directe, de celles qui ont lieu en ligne collatérale ?*

AIX.

LA Jurisprudence de ce Parlement a toujours été constante à admettre la représentation en ligne directe, lorsque les enfans sont appellés en nom collectif & non pas par leur nom propre; mais elle a varié en ligne collatérale, y ayant eu des Arrêts qui l'ont admise & d'autres qui l'ont rejettée (*a*). Cependant on croiroit que la regle la plus conforme au Droit seroit celle de n'admettre la représentation qu'en ligne directe, puisque nos Loix ne l'admettent pas en succession *ab intestat* en ligne collatérale, qu'au seul cas du concours des freres & sœurs avec leurs neveux, & encore faudroit-il ne l'admettre en ligne directe qu'au seul cas auquel les enfans sont appellés sous une dénomination collective & non par leur nom propre; d'ailleurs en bonne regle les fidéicommis n'étant déférés que par la volonté du testateur & non par l'effet de la Loi, l'on ne peut argumenter du cas de la succession *ab intestat* à celui de la vocation à un fidéicommis qui ne vient que du testateur.

AIX.
M. LE BRET, premier Président.

DANS la même supposition que Sa Majesté trouvera à propos d'étendre ou de tolérer simplement la représentation en matiere de substitution, il semble qu'elle ne devroit avoir lieu entre les substitués que dans le cas où elle auroit lieu entr'eux s'ils succédoient *ab intestat*, ou suivant la disposition des authentiques *post fratres*. Il ne semble pas d'ailleurs qu'il y ait aucune différence à faire, par rapport aux substitutions qui seroient faites en ligne directe, de celles qui auroient leur effet en ligne collatérale.

(*a*) Saint-Jean, décis. 77. Boniface, tom. 3 de la seconde compil. liv. 2, tit. 16, chap. 1, pag. 322. Boniface, tom. 2 de la premiere compil. liv. 2, tit. 2, chap. 7 & 8, pag. 142 & suiv. Novell. 118.

AIX.
M. DECORMIS, Avocat.

LA représentation ne devroit avoir lieu entre ceux qui sont appellés à la substitution que dans le cas où elle auroit lieu entre eux s'ils succédoient *ab intestat*, & les substitutions faites en ligne directe ne sembleroient pas à distinguer de celles qui sont faites en ligne collatérale, pourvu que ce fût toujours au cas de l'authentique *post fratres*.

VINGT-HUIT ET VINGT-NEUVIEME QUESTIONS.

FAUT-IL aussi distinguer sur cette question les fidéicommis faits en faveur de personnes certaines & désignées par leurs noms, d'avec ceux qui sont faits en faveur de plusieurs par nom collectif comme d'enfans, parenté, famille ou autre même semblable?

BESANÇON.

QUOIQUE suivant la disposition du Droit la représentation n'ait pas lieu en matiere de substitution (*a*), cette regle générale souffre une exception, lorsque le testateur a appellé ses petits-enfans ou plusieurs personnes *nomine collectivo*; mais dans l'un ou l'autre de ces cas on n'admet pas le droit de représentation en faveur de ceux qui ne pourroient pas s'en prévaloir *ab intestat* (*b*). Ce principe posé décide les deux questions dont il s'agit, & les Commissaires estiment que pour faire une Loi parfaite sur cette matiere, on ne peut prendre un meilleur modele que les arrêtés 30 & 31 de M. de Lamoignon, titre des fidéicommis, dont le premier porte : »représentation a lieu dans les fidéicommis faits »à la famille dans les mêmes degrés, & en la même forme que »dans la succession, & les neveux concurrens avec les freres du »défunt, le partage du fidéicommis se fera par souche, encore »que le testateur eût ordonné qu'il fût partagé également.

Et le second..... »mais quand les enfans sont appellés par leurs »noms propres au fidéicommis, la représentation n'a lieu en la »personne des petits-enfans, lesquels en ce cas ne pourront con»courir avec leurs oncles dans les biens substitués, & ils ne croient »pas qu'il y ait à cet égard aucune distinction à faire entre les »substitutions faites en ligne directe de celles qui sont faites en »collatérale ». Fait & arrêté le 29 Août 1730. Signés, *Boisot*, *Espiard*, *Tinseau*, *Dorol* & *Boquet* de *Courbouson*.

(*a*) *Qui enim nescit jus representationis habere tantum locum in successionibus ab intestato non in substituto.* Cujas, consult. 15.

(*b*) *Ad fideicommissum relictum sub nomine collectivo non admittuntur per jus representationis illi qui ab intestato non possunt admitti.* Faber dans son Code, liv. 6, tit. 21, défin. 10.

BORDEAUX.

EN matiere de fidéicommis représentation n'a pas lieu; c'est notre Jurisprudence au Parlement de Bordeaux, parce que s'agissant d'une prédilection du testateur, d'un choix qui n'a que la personne pour objet, dès que cette personne vient à décéder avant l'héritier grevé, il ne peut être représenté par ses enfans, ni ceux-ci concourir avec les autres substitués quoiqu'ils eussent eu ce privilege dans la succession *ab intestat*, & cela sans distinguer les substitutions faites en ligne directe de celles qui ont lieu en ligne collatérale. Signés, *Gillet* de *Lacase*, *Le Berthon*, *d'Albessard*, *Bigot*, *Jegun*, *Le Moncreau*, *Loyal*, *Dudon*, *Du Vigier* & de *La Tresne*.

COLMAR.

L'INTENTION du testateur est toujours ce qui doit faire la Loi; lorsque cette intention ne paroît pas clairement expliquée, on doit présumer que le testateur a voulu se conformer au droit commun des successions *ab intestat*. Or dans les successions *ab intestat* la représentation a lieu en certains degrés & en certains cas marqués par le Droit; donc dans les substitutions la représentation doit aussi avoir lieu dans les mêmes degrés & dans les mêmes cas, à moins que par les termes du testament le testateur ne paroisse en avoir voulu disposer autrement.

Tout homme qui fait une substitution doit être censé ne la faire que pour maintenir & conserver son bien dans sa famille, & adopter par ce motif de tendresse pour ses enfans la maxime de Droit; que sous le mot d'enfans, sa disposition doit comprendre ceux du second & du troisieme degré aussi-bien que ceux du premier. Sa prévoyance en ce cas pour ses enfans doit s'étendre aux enfans des enfans: on doit croire que son affection n'a pas été moindre pour les héritiers du substitué que pour le substitué même, à moins qu'il n'apparoisse du contraire, & par conséquent nous tenons pour l'affirmative de la question qui nous est ici proposée, & nous ne pouvons admettre pour cela aucune distinction entre les substitutions faites en ligne directe, & celles qui ont lieu en ligne collatérale, les Loix qui autorisent la représentation ne font point cette différence; ainsi nous ne croyons pas en devoir faire non plus en matiere de substitution: dans l'un comme dans l'autre cas, il convient de ramener toujours les choses aux regles du droit commun. Signés, de *Corbeson*, *Holdt*, *Muller* & *Mulle*.

DIJON.

QUOIQU'IL se trouve quelques Auteurs modernes qui admettent la représentation dans les dispositions testamentaires & dans

dans les substitutions lorsque ces actes sont faits en forme de partage des biens du pere entre ses enfans, il paroît cependant que rien n'est plus contraire à l'esprit des Loix que ce sentiment. DIJON.

Les Loix *si ex pluribus*, *ff. de suis & legit. hered. cum ita*, *ff. de leg.* 2°. *heredes mei*, *ff. ad trebellian.* & particuliérement la *Novelle* 118 de Justinien, qui a réglé de quelle maniere se feroit la représentation tant en ligne directe qu'en ligne collatérale, condamnent la disposition de ces Auteurs modernes, puisqu'elles n'admettent la représentation que dans les seules successions *ab intestat.* Or, si suivant la disposition des Loix, la représentation n'a pas lieu dans les successions testamentaires, elle doit bien moins l'avoir dans les substitutions qui sont de rigueur, & tellement bornées aux cas prévus par le testateur, qu'on ne sauroit plus faire d'extension d'une personne à une autre sans donner atteinte à leurs volontés.

Jus representationis (dit Cujas, consult. 15) *locum non habet in fideicommissis & substitutionibus, quis enim nescit jus representationis habere tantum locum in successionibus ab intestato, non in substitutionibus.* Le Président Faber dans ses erreurs des Praticiens, décad. 55, err. 3, traite même d'ignorans ceux qui disent le contraire.

Le Parlement de Dijon a jugé par Arrêt du 24 Avril 1674, que la représentation n'avoit pas lieu en matiere de legs ou de fidéicommis; cette Jurisprudence est fondée sur les Loix même dont on ne doit pas s'écarter, & les Commissaires estiment que la représentation n'a pas lieu entre ceux qui sont appellés à la substitution dans le cas où elle auroit lieu entre eux s'ils succédoient *ab intestat*, & qu'on ne doit pas distinguer sur ce point les substitutions qui sont faites en ligne directe de celles qui ont lieu en ligne collatérale. Signés, de *Birbisey*, *Bouhier*, *Lantin*, *Thiery*, *Normand*, *Quarré* & *Genreau.*

La représentation a lieu entre ceux qui sont appellés à la substitution dans le cas où elle auroit lieu entre eux s'ils succédoient *ab intestat* à celui qui est chargé de la restitution; car encore bien qu'en matiere de fidéicommis on succede *gravanti non gravato*, néanmoins on y succede dans le même ordre qu'on succédéroit à celui qui est grevé; il ne faut pas distinguer sur ce point les substitutions qui sont faites en ligne directe de celles qui ont lieu enligne collatérale, lorsqu'il s'agit de juger entre ceux qui sont FLANDRES.

FLANDRES. véritablement appellés à la substitution. Signés, *Pollinchon*, *Pinault*, de *Bannaux*, *Douche* de *Beaulieu*, *Visant* de *Ponange*, de *Burges*, *Bisschop*, *Curpin*, de *Calonne*, *Vaymel*, *Duparq* & *Vermineau*.

GRENOBLE. Le droit de représentation n'a lieu que pour les successions *ab intestat*, il a été introduit par la Loi de 12 Tables pour les successions en ligne directe, & l'Empereur Justinien par la Novelle 118 l'a communiqué à la ligne collatérale en faveur des enfans des freres & sœurs.

Les mêmes raisons qui servent pour ne pas admettre la transmission des substitutions doivent en faire rejetter la représentation, comme l'a remarqué Mr. Faber dans son savant traité de *errorib. pragmat. decade* 55, *err.* 5.

Mr. Cujas, dans sa consult. 15, ne veut pas que personne ignore cette Loi si certaine. *Quis enim nescit*, dit-il, *jus representationis habere tantum locum in successionibus ab intestato non in successionibus*; aussi dans ce Parlement cela ne souffre point de difficulté, & il ne paroît pas, par les raisons ci-dessus observées, qu'il fût utile de changer la Jurisprudence. Signés, de *Gramont*, *Lacroix*, de *Sayne*, de *Loyssin*, *Morel*, *Montrivier* & *Vidault*, Procureur Général.

METZ. Lorsque les fidéicommissaires sont appellés nommément, la représentation n'a pas lieu entr'eux dans le cas même où elle auroit lieu s'ils succédoient *ab intestat*, & cela sans faire aucune différence de la ligne directe ou collatérale. Signés, de *Montholon*, *J. Pierre* de *Lange*, *Bertrand*, *Muzac*, *Le Goulon*, de *Champel*, *Bonneau* & *Lançon*.

PAU. Nous admettons la représentation dans la succession des biens avitins qui est une espece de fidéicommis statutaire, parce qu'il ne peut y avoir de concours n'y ayant qu'un héritier; mais nous croyons que dans les pays où il peut y en avoir plusieurs, la représentation ne doit pas avoir lieu entre ceux qui sont appellés à la substitution, dans le cas où elle auroit lieu entr'eux, s'ils succédoient *ab intestat* sans distinction de la ligne directe ou collatérale, parce que le Droit Romain est entiérement contraire à cette représentation en matiere de fidéicommis, & que le droit d'une substitution qui n'est pas échue ne consistant qu'en une simple espérance ne peut être transférée aux héritiers, le testateur ne

les ayant pas appellés, & par conséquent étant censé les exclure, ou du moins leur préférer ceux qu'il a appellés & qui sont dans un degré plus proche. Signés, de *Gaubert*, de *Casaux*, *Mignon*, *Deodat*, *Desclaux*, *Mesplés*, *Bordenave*, *Dejean*, *Lesan*, *Bonnecase*, *Casenave* & de *Caseaux*.

PAU.

Dans les successions *ab intestat* la représentation a lieu en ligne directe à l'infini, & en ligne collatérale la représentation n'a lieu que jusques aux enfans des freres. *Authent. cessante successione lineæ descendentis, vocantur* 1°. *fratres fratrisq. præmortui filii in stirpes. Authent. cessante*, tirée de la Novelle 127, rapportée au Code *de legit. hered.* & au-delà des enfans des freres, *tunc jure proximiores succedunt.*

M. de Gaubert, premier Président.

Mais à l'égard des substitutions personne ne révoque en doute que la représentation ne pût y avoir lieu. *Quis enim nescit jus representationis habere tantum locum in successionibus ab intestato non in substitutionibus. Cujas, consult.* 15.

Quia nemo unquam ad fideicommissum admitti potest nisi ad quod ipse sit vocatus, nemo autem dixerit vocato filio nepotes quoque vocatos videri cum aliter filii aliter nepotes appellentur. Anton. Faber de errorib. pragmat. decad. 55, *err.* 3, maximes fondées sur la Loi *hæres mei*, §. *cum ita*, *ff. ad S. C. trebell. leg. cum pater*, §. *hereditatem filius*, *ff. de legat.* 2°. *leg. si plures*, *ff. de suis & legit. hered. leg. Titius*, *ff. de acquir. hered.* Par les solides raisons touchées par Mr. *Dolive* & par *Graverol* sur Mr. *Laroche-Flavin*, *liv.* 4, *tit.* 6, *art.* 1, & singuliérement par Mr. *Ricard des substit. direct. & fidéicom. traité* 3, *chap.* 9, *sect.* 11, *part.* 1, *n.* 663 *& suivans*, qu'il seroit long de rapporter, il semble que la représentation ne peut avoir lieu entre ceux qui sont appellés à la substitution dans les mêmes cas où elle auroit lieu entr'eux s'ils succédoient *ab intestat.*

Dans les successions *ab intestat*, la nature & la Loi appelle les descendans & ceux qui les représentent; les enfans représentent toujours dans ce cas leurs peres, & prennent de son chef la portion qu'il auroit eu s'il eût été vivant, *gradum ejus sub intrant*, lesquels se rapprochent d'un ou plusieurs degrés pour concourir avec d'autres qui sont plus proches qu'eux, par exemple, avec leurs oncles & grands oncles; au lieu que dans le cas d'une substitution la nature & la Loi demeurent dans le silence, n'y ayant que la volonté du testateur substituant, qui n'ayant dirigé nomi-

PAU. nativement sa disposition qu'aux personnes qu'il a nommés, l'une d'elles étant décédée avant l'échéance du fidéicommis, la substitution demeure absolument caduque pour lui & pour ses enfans successeurs, le testateur n'ayant considéré que sa personne, c'est lui seul appellé qui auroit recueilli la substitution si la mort ne l'avoit prévenu, ses enfans non appellés ne pouvant dans ce cas la représenter.

Par la Jurisprudence des Arrêts les enfans des substitués décédés avant l'événement sont nonseulement privés du bénéfice de la transmission, mais encore de celui de la représentation, y ayant, comme nous l'avons dit ci-devant, des substitués nommément appellés qui doivent exclure dans tous les cas les enfans des substitués décédés, tant dans les substitutions qui sont faites en ligne directe, que dans celles qui ont lieu en ligne collatérale.

Graverol sur M. Laroche-Flavin, *liv.* 4, *tit.* 6, *art.* 1, dit que quoique réguliérement le droit de représentation n'ait point lieu en fait de substitution & de fidéicommis sur-tout entre collatéraux, il a pourtant lieu entr'eux, lorsque le testateur, dont la volonté doit servir de Loi, l'a voulu par exprès; il rapporte un Arrêt du Parlement de Toulouse du mois de Septembre 1736, qui a jugé que la représentation a lieu même entre collatéraux; mais l'on peut dire que le testateur les avoit suffisamment appellés.

Arrêt du Parlement de Provence du 28 Mai 1647, jugé qu'en matiere de fidéicommis fait par un collatéral, le droit de représentation n'a point lieu, que les oncles & tantes sont préférés aux enfans des freres décédés avant l'héritier grevé.

Nous estimons que la représentation n'a point lieu dans les substitutions & fidéicommis, comme dans les successions *ab intestat.*

VINGT-HUIT ET VINGT-NEUVIEME QUESTION.

FAUT-IL aussi distinguer sur cette question les fidéicommis faits en faveur des personnes certaines & désignées par leur nom, d'avec ceux qui sont faits en faveur de plusieurs par nom collectif, comme d'enfans, parenté, famille, ou autre nom semblable.

ROUSSILLON. LE droit de représentation a été introduit dans les successions légitimes en faveur de la ligne directe; il a été ensuite étendu par un privilege singulier en faveur des neveux de la ligne collatérale; il semble donc irrégulier de l'admettre dans les succes-

ſions teſtamentaires, il faut pourtant le faire lorſqu'on voit clairement que telle a été la volonté du teſtateur.

ROUSSILLON.

Ainſi la repréſentation ne ſauroit jamais avoir lieu dans les ſubſtitutions faites en faveur des perſonnes certaines & déſignées par leur nom, parce que le teſtateur n'a eu en vue que les ſubſtitués auxquels il a ſeulement dirigé ſa diſpoſition, & il n'a conſidéré que leurs perſonnes en les déſignant par leur propre nom & nullement leurs enfans; d'ailleurs la vocation des ſubſtitués étant expreſſe, elle doit exclure toute ſorte de préſomptions & de conjectures; de ſorte qu'un des ſubſtitués étant prédécédé, la ſubſtitution faite en ſa faveur eſt devenue caduque pour lui & pour ſes ſucceſſeurs, qui ne peuvent s'aider du bénéfice de la repréſentation non plus que de celui de la tranſmiſſion (*a*); on ne ſauroit faire dans ce cas aucune diſtinction de la ligne directe avec la collatérale.

Mais la repréſentation doit avoir lieu dans les fidéicommis faits en termes généraux & collectifs, qui comprennent pluſieurs degrés ſans déſignation particuliere des perſonnes, parce que le teſtateur ayant appellé indiſtinctement tous les ſubſtitués ſans avoir marqué l'ordre dans lequel ils devoient ſuccéder, il eſt à préſumer qu'il a voulu régler, conformément au droit, l'ordre de leur ſucceſſion, qu'il a eu plutôt en vue que celui de la parenté; ainſi ſi le fidéicommis eſt fait par un aſcendant au profit des deſcendans, la repréſentation ſe fera tout comme dans la ligne directe dans les ſucceſſions *ab inteſtat*. S'il eſt fait au contraire en faveur des freres & de leurs enfans, il faudra ſuivre la regle établie par la repréſentation en ligne collatérale qui a été bornée aux fils des freres, ſans qu'il ſoit permis de l'étendre au-delà, ayant toujours égard à la perſonne du teſtateur de qui les ſubſtitués accueillent la ſucceſſion de leur propre chef (*b*), & non de celui de l'héritier qui ne fait que leur reſtituer, & que le teſtateur leur a laiſſé lors de l'événement de la condition. Signés, *Deponte*, *d'Albaret*, *Delpont*, de *Villars*, *Collarés*, *Bonnet* & *Romanya*, *Giſpert*, de *Fulla*, *Regnés*, *Deſprés*, *Bonnet* & *Sans*.

TOULOUSE.

La repréſentation n'a pas lieu entre ceux qui ſont appellés à la ſubſtitution dans le cas où elle auroit lieu entr'eux s'ils ſuccédoient *ab inteſtat* ſoit que les ſubſtitutions ſoient faites en ligne

(*a*) *Leg. hæredes mei*, §. *cum ita*, *ff. ad S. C. trebell.*
(*b*) *Leg. cohæredi*, §. *cum filiæ*, *ff. de vulgar.*

TOULOUSE.

directe ou en ligne collatérale, parce qu'elle n'a été établie que pour les successions *ab intestat*, & contre la disposition du droit commun (*a*), suivant lequel celui qui est plus proche doit exclure ceux qui sont dans un degré plus éloigné, quoiqu'ils représentent leur pere ou leur aïeul, qui auroit été en égal degré s'il eût vécu.

Ainsi en regardant la représentation comme un droit singulier qui ne peut avoir lieu qu'autant qu'il est autorisé par les Loix, il ne convient pas de l'étendre d'un cas à un autre, du cas de la succession *ab intestat*, au cas des successions testamentaires. Signés, le *Président Daspe*, *Comere* de *Labastide*, *Pegueyroles*, *Bastard*, de *Catellan-Lamasquere*, *Azemar*, *Cassand*, *Aymar*, *Caussade*, de *Celés*, *Parasa*, *Daspe* de *Meilhan*, & *Le Masuyer*, Procureur Général.

VINGT-HUIT ET VINGT-NEUVIEME QUESTION.

FAUT-IL aussi distinguer sur cette question les fidéicommis faits en faveur des personnes certaines & désignées par leurs noms, d'avec ceux qui sont faits en faveur de plusieurs par nom collectif comme d'enfans, parenté, famille, ou autre nom semblable.

PARIS.
M. le Procureur Général.

LES différens avis des Cours, & le partage des sentimens entre les Auteurs, du moins sur la premiere de ces questions, semblent exiger une Loi qui fixe la Jurisprudence.

On croit donc devoir écarter d'abord le cas où le testateur désigne une ou plusieurs personnes que le substituant a voulu gratifier. Car s'il les a désignées, soit par leurs noms ou par telle autre qualité qui les fasse suffisamment connoître, on ne peut jamais faire passer la substitution à d'autres qu'à celles qui ont pour elles le choix de celui qui a fait la substitution. La représentation se trouveroit contraire à la volonté du testateurou du donateur, & ne pourroit point par conséquent s'autoriser.

La question semble donc devoir se réduire au cas auquel la substitution est faite à la *parenté*, à la *famille*, ou autres termes qui ne désignent que des personnes en nom collectif, & ce tant en ligne directe qu'en ligne collatérale.

Ce qui fait la difficulté de cette question ce sont les différentes

(*a*) N°. 118. Maynard, liv. 5, chap. 45.

manieres dont les testateurs peuvent s'expliquer dans leurs testamens, dont on peut induire quel a été l'objet de la volonté.

S'ils paroissent (sous des termes quoique collectifs) avoir voulu gratifier des personnes plutôt que d'autres, il faut se déterminer en faveur de celles qui paroissent être l'objet de leurs libéralités indépendamment de la représentation. S'ils semblent avoir voulu conformer leur disposition à ce que la Loi a ordonné pour les successions *ab intestat*, la Loi de la représentation doit avoir lieu dans le progrès de la substitution, le cas des legs faits pour tenir lieu des portions héréditaires, ou par forme de partage, paroîtroit devoir être assujetti à la représentation.

Les substitutions faites à la famille, à la parenté, à l'agnation, semblent renfermer de la part des substituans la vue de se conformer dans la famille, dans la parenté, dans l'agnation, aux Loix de la succession *ab intestat*, & par conséquent à celles de la représentation dans le cas où elle a lieu, & ce également en directe & en collatérale. Les substitutions aux descendans ou aux enfans & descendans, soit que le testateur se soit servi de la particule conjonctive *&*, ou qu'il ait employé la disjonctive *ou*, paroissent encore dans les vues du testateur avoir été faites pour imiter la succession *ab intestat*.

Celles faites seulement aux enfans pourroient souffrir plus de doute, parce qu'on pourroit dire que sous ces termes les petits-enfans n'étant pas disertement compris, ils ne paroissent pas, suivant la volonté du substituant, capables de représenter leur pere décédé. Telles sont à peu près les différentes expressions dont un substituant peut se servir, & ces réflexions sembleroient conduire à admettre la représentation.

On ne croit pas que le cas de la substitution à l'ainé soit le cas de la question; ce cas est toujours celui de l'ainé mâle, & alors c'est toujours l'ainé mâle de la ligne ainée : la question de la représentation ne paroît donc pas pouvoir avoir lieu si dans les substitutions à l'ainé le substituant s'est servi de termes qui ne supposent pas toujours l'ainé mâle de la ligne ainée, il faut suivre ce qu'on croira être la volonté; il ne paroît pas que la question de la représentation puisse avoir lieu dans aucun de ces cas.

Celui de l'indivisibilité de l'effet substitué ou de la substitution affectée à un seul ne paroissent pas pouvoir former une décision différente. Si c'est une substitution à un seul, soit de la famille, de la parenté, de l'agnation, &c. il faut voir dans l'acte même de

PARIS.

substitution comment ce substitué y est désigné, & alors il y a un choix fixe qui exclut toute représentation ; s'il n'y avoit aucune personne désignée, ce qui paroît difficile à croire, & que le testateur se fût contenté de dire qu'il substitue l'effet à un seul de sa famille, de sa parenté, de son agnation, sans qu'il puisse être divisé, on ne pourroit s'empêcher de croire qu'il n'eût voulu suivre la Loi de la succession *ab intestat* qui renferme la représentation dans le cas où elle a lieu.

De toutes ces observations il en resteroit toujours la distinction, que s'il y a une désignation de personnes il ne peut y avoir de représentation ; mais que les substitutions à des personnes en nom collectif semblent supposer la représentation comme faisant partie de la succession *ab intestat.*

Cependant il faut convenir que l'admission de la représentation peut avoir de grands inconvéniens ; il suffit de lire tous les cas proposés par l'un des Rédacteurs, pour sentir le nombre des difficultés que la représentation peut faire naître, & c'est ce qui porteroit peut être à l'exclure.

Ce n'est pas qu'on fût fort touché de ce qu'un des Rédacteurs allegue, que ce n'est qu'une imitation de la transmission du Parlement de Toulouse, la différence en est essentielle. La transmission du Parlement de Toulouse tend à donner à un fils le droit de recueillir un fidéicommis quoique caduc par le prédécès de son pere, & cette Jurisprudence est directement contraire à la disposition du testateur ; la représentation au contraire bornée aux dispositions en nom collectif paroît conforme à l'intention du substituant, qui par ses expressions paroît avoir eu en vue d'imiter la succession légitime.

Cette raison de la conformité de la représentation à la transmission ne seroit donc pas peut-être assez forte pour bannir la représentation ; mais la difficulté de distinguer exactement les dispositions ou les expressions collectives, qui feroient présumer que le substituant a voulu se conformer à la Loi des successions *ab intestat*, & de celles au contraire où il a eu en vue des personnes fixes & certaines : cette difficulté paroîtroit exiger la Loi simple, & uniforme qui excluroit toute représentation, & cette Loi ne feroit aucun tort à ceux qui voudroient substituer conformément & suivant les regles de la succession légitime, puisqu'ils auroient la voie de l'exprimer dans l'acte de substitution.

On n'a pas laissé d'être touché de ce qui avoit été projetté dans

dans les Arrêtés de M. le premier Président de Lamoignon ; mais après y avoir réfléchi, on a trouvé tant d'inconvéniens à prévoir par une Loi la volonté du substituant, pour fixer par la Loi même si la représentation peut avoir lieu, ou si l'on ne veut point y avoir égard, qu'on a cru qu'il falloit ou tout laisser à la liberté du Juge sans faire de Loi, ou former la décision pour l'exclusion de la représentation, à moins que la volonté du substituant ne soit évidente.

PARIS.

Ainsi on a estimé que la représentation ne devoit point avoir lieu tant en ligne directe que collatérale, à moins qu'il n'en ait été autrement ordonné par l'auteur de la substitution.

VINGT-NEUVIEME QUESTION.

Faut-il aussi distinguer sur cette question les fidéicommis faits en faveur des personnes certaines & désignées par leurs noms d'avec ceux qui sont faits en faveur de plusieurs par nom collectif, comme d'enfans, parenté, famille, ou autre nom semblable ?

La représentation ne doit avoir lieu que par la présumée volonté du testateur (*a*) ; mais lorsqu'il a expliqué sa volonté d'une maniere précise par une vocation personnelle & désignée, dans ce cas la représentation doit cesser, parce que les fidéicommis se déférent bien moins par le ministere de la Loi que par la volonté des hommes ; ainsi ce n'est que dans le cas auquel la vocation est faite sous un nom collectif, comme d'*enfans*, *parenté*, *famille*, ou autre que la représentation doit avoir lieu.

AIX.

Il ne paroît pas plus nécessaire de distinguer les fidéicommis faits en faveur de plusieurs personnes par les termes collectifs d'enfans, de parenté, ou de famille ; mais toutes ces questions supposent la tolérance d'un abus qui s'est introduit *invita lege*, l'on espere qu'elles seront toutes tranchées dans leur principe par l'abrogation de l'abus des représentations en matiere de substitutions.

M. Le Bret, premier Président.

(*a*) M. le Président Faber en son traité *de error. pragmat.*

AIX.
M. DE CORMIS, Avocat.

IL ne sembleroit pas nécessaire de distinguer les fidéicommis faits en faveur de personnes certaines & désignées par leurs noms propres, d'avec ceux qui sont faits en faveur de plusieurs par nom collectif, comme d'enfans, parenté, famille, pourvu que ce fût toujours selon la restriction de l'authentique *post fratres*; mais puisque tout cela procede d'une introduction abusive d'accorder la transmission & la représentation en disposition testamentaire *invita lege*, il semble meilleur de tout retrancher, ou pour le moins de tout bien restreindre.

BORDEAUX.

QUOIQU'ON ait décidé dans la réponse à la question précédente, qu'en matiere de fidéicommis la représentation n'a pas lieu, néanmoins si le testateur en faisant la substitution s'est servi de termes collectifs, & capables de comprendre dans la signification différens degrés, on admet par une espece de représentation ceux qui auroient concouru dans la succession *ab intestat* & dans le même ordre, parce qu'on présume que le testateur a voulu se conformer dans les degrés de substitution à la disposition établie par la Loi. Il n'en est pas de même quand les substitués ont été appellés par leur nom propre, cette circonstance ne permettant pas qu'on ait recours à la présomption de la volonté du testateur. Signés, *Gillet* de *Lacase*, *Le Berthon*, *d'Albessard*, *Bigot*, *Jegun*, *Le Moncreau*, *Loyal*, *Dudon*, *Du Viguier* & de *La Tresne*.

BESANÇON.

Voyez la question vingt-huitieme.

COLMAR.

QUELQUES commentateurs de la Loi *omnia*, *ff. de leg.* 2, de la Loi *suggestioni*, *cod. de verbor. signific.* ont voulu établir cette distinction; mais il y a dans leur opinion plus de subtilité & de jeu de mots que de solidité.

Quelle différence solide en effet peut-on trouver entre la vocation qui se fait par le nom collectif & général d'*enfans*, & celle qui se fait par le nom propre de chacun d'eux, puisque la signification en est égale? L'intention du testateur en est-elle moins de perpétuer ses biens dans sa famille? Non, & par conséquent le même principe qui nous a déterminé sur la question précédente, nous détermine également sur celle-ci, dont nous renvoyons la décision aux regles du droit commun pour les successions *ab intestat* sans aucune distinction. Signés, de *Corbeson*, *Holdt*, *Muller* & *Mulle*.

DIJON.

Le ſentiment des Commiſſaires ſur la précédente queſtion tient lieu de réponſe à celle-ci. Signés, de *Birbiſey*, *Bouhier*, *Lantin*, *Mairelet*, de *Minot*, *Thiery*, *Normand*, *Quarré* & *Genreau*.

FLANDRES.

Nous croyons qu'il eſt ſans difficulté, que la repréſentation ne peut avoir lieu dans les fidéicommis qui ſont faits en faveur de perſonnes certaines déſignées par leurs noms, parce que n'y ayant que ces perſonnes appellées par le teſtateur, elles ne peuvent pas être repréſentées par d'autres perſonnes qu'il n'a pas compris dans ſa diſpoſition; mais lorſque les fidéicommis ſont faits en faveur de pluſieurs par noms collectifs d'enfans, de famille, ou autres ſemblables, le teſtateur eſt cenſé avoir appellé tous ceux qui peuvent être compris ſous ces noms génériques dans le même ordre qu'ils auroient ſuccédé *ab inteſtat*, & par conſéquent la repréſentation a lieu entr'eux, dans le cas où elle auroit lieu s'ils ſuccédoient *ab inteſtat*. Signés, *Pollinchon*, *Pinault* de *Banneaux*, *Douche* de *Beaulieu*, *Viſant* de *Ponange*, de *Burges*, *Biſſehop*, *Curpin*, de *Calonne*, *J. Vaymel*, *Duparq* & *Vermineau*.

GRENOBLE.

Cette queſtion ſe trouve décidée par le précédente; cependant ſi on admettoit la repréſentation dans les fidéicommis comme dans les ſucceſſions *ab inteſtat*, quoique à l'égard des fidéicommis faits par nom collectif on ſuive la diſpoſition *du* §. *in fideicommiſſo*, *leg. omnia* 32, *ff. de legat.* 2°. qui diſpoſe que ceux *qui primo gradu procreati ſunt*, ſont préférés à ceux qui ſont dans un degré plus éloigné; il eſt néanmoins vrai que les Docteurs qui ont admis la repréſentation ont fait différence des fidéicommis faits à des perſonnes certaines & nommées par le teſtateur d'avec ceux qui ſont faits par noms collectifs.

Au premier cas ils rejettent la repréſentation, & ils l'admettent au ſecond. Ils ſe ſont fondés ſur ce que dans les fidéicommis il faut principalement regarder l'affection du teſtateur, & que dans les fidéicommis collectifs on ne peut pas dire que le teſtateur ait mieux aimé le pere que le fils, l'oncle que le neveu, les ayant tous appellés par un nom collectif. C'eſt pourquoi ces Docteurs veulent que dans les fidéicommis on ſuive les mêmes regles que pour les ſucceſſions *ab inteſtat*; mais *M. Faber* (que M. Grivel dans ſes déciſions dit ne devoir jamais être nommé ſans éloge) décide nettement dans la décade ci-deſſus citée, error. 4, *nullo penitus caſu locum eſſe repreſentationi in fideicommiſſis ne quidem inter deſcen-*

GRENOBLE.

dentes, il se fonde sur la Loi *peto* 69, §. *fratre*, *ff. de legat.* 2°. & sur la Loi derniere, *cod. de verbor. signific.* qui sont expresses.

Il y a encore deux grandes questions sur les fidéicommis collectifs. La premiere, *an inter collective vocatos substitutio sit tantum vulgaris, vel fideicommissaria.* La seconde, s'ils doivent recueillir, *collectivè & conjunctim vel ordine successivo.* La Jurisprudence de ce Parlement est qu'ils ne sont appellés que par la Vulgaire, si ce n'est dans le cas que les enfans qui sont substitués avec leur pere ne sont pas dans la nature au temps de l'échéance de la substitution. Ces Arrêts ont jugé, dans ce cas, que la substitution est fidéicommissaire : les Arrêts ont aussi jugé que les substitués par un nom collectif *inter quos cadit ordo caritatis & affectionis*, comme entre le pere & les enfans, ne viennent à la substitution que *ordine successivo* ; de maniere pourtant que par l'addition de l'un *tota extinguitur substitutio*, à moins que le testateur ne se soit servi de quelque terme qui marquât qu'il vouloit que son bien passât des uns aux autres. Signés, de *Grammont*, *Lacroix*, de *Sayne*, de *Loyssin*, *Morel*, *Montrivier*, & *Vidault*, Procureur Général.

METZ.

QUAND les fidéicommis sont faits en faveur de plusieurs par noms collectifs, comme d'enfans, parenté, famille, la représentation doit avoir lieu, parce que le testateur n'a considéré aucune personne en particulier. Signés, de *Montholon*, *J. Pierre*, de *Lange*, *Bertrand*, *Muzac*, *Le Goulon* de *Champel*, *Bonneau* & *Lançon*.

PAU.

IL nous semble qu'il doit en être de même quoique le fidéicommis soit fait en faveur de plusieurs par noms collectifs par les mêmes raisons alléguées sur la question précédente. Signés, de *Gaubert*, *Casaux*, *Mignon*, *Deodat*, *Desclaux*, *Mesplés*, *Bordenave*, *Dejean*, *Lesan*, *Bonnecase*, *Casenave* & de *Caseaux*.

M. DE GAUBERT, premier Président.

MARIE RICARD des substit. direct. & fidéicom. traité 3, *ch.* 9, *sect.* 2, *pag.* 1, *n.* 663 *& suiv.* discute la question & la distinction où le testateur appelle nominativement à la substitution certaines personnes désignées ; par exemple, j'institue mon héritier, & en cas qu'il décede sans enfans, je lui substitue Jean & Philippe ses freres : ou bien la sustitution est faite en termes collectifs lorsque le testateur substitue sa famille ou ses descendans en termes généraux ; au premier cas lorsque les substitués sont tous nommés en particulier, tous les Docteurs conviennent qu'il n'y a point lieu

à la représentation, par la raison que le testateur substituant n'a dirigé nominativement sa disposition qu'aux seules personnes qu'il a nommé en singulier ; ainsi l'une de ces personnes étant décédée avant l'échéance du fidéicommis, la substitution est devenue caduque pour lui & pour ses enfans & successeurs, ne pouvant avoir d'effet qu'entre les survivans nommément appellés.

Au second cas, lorsque le fidéicommis est fait en termes généraux & collectifs au profit des descendans, de la famille, parenté, Ricard prétend que la représentation doit avoir lieu, que les enfans représentent leurs peres appellés à la substitution par une raison qui lui paroît décisive, que le testateur est présumé, par ces expressions générales, des descendans de la famille, parenté, s'être voulu conformer à la coutume, en ce qu'il n'y a point expressément dérogé, le testateur voulant imiter la succession *ab intestat*, étant censé appeller, dans les biens sujets au fidéicommis, les enfans des substitués décédés comme dans un partage *ab intestat.*

Ant. Faber de err. pragmat. décad. 55, *err.* 4, *quando testator fideicommissum certæ personæ aut certo gradui nominatim reliquerit frater, tunc præsumi majorem affectionem erga fratrem quam erga filium fratris, nec posse ullo casu fratris filium dici fratrem, sed cum testator fideicommissum reliquit agnatis quo nomine constat perinde fratris filium atque fratrem ipsum contineri hic enim quemadmodum ambo fratres quandiu vixerunt æquè dilexit & diligere debuit, si nihil nisi ordinem charitatis & affectionis naturalis consideres : ita præ defuncto altero videndus est in filium ejus superstitem eandem transferre affectionem quâ patrem vivum prosequebatur.*

Cependant le même Faber se détermine & finit sa dissertation par une décision contraire, *nullo penitus casu locum esse representationi in fideicommissis ne quidem inter descendentes movet me autoritas legum omnium, quæ loquuntur de hujusmodi fideicommisso familiæ relicto in quibus video servandum esse gradum distinctionem, ut is demum præferatur qui proximior est in gradu, leg. Peto* 69, *ff. de legat.* 2°. au §. *fratres. His verbis ita res temperari debet ut proximus quisque primo loco videatur invitatus de leg. Peto, & hoc videlicet gradatim fieri, leg. ult. cod. de verbor. signific.* Loix formelles qui excluent la représentation dans les fidéicommis & substitutions. Arrêt du Parlement de Provence rapporté par Boniface du 29 Mai 1655, qui a jugé que la vocation des siens ou des leurs, par un parent collatéral en un fidéicommis, ne fait point

PAU.
M. DE GAUBERT.

un fidéicommis réel & graduel, mais seulement en faveur du plus proche qui se trouve au temps du décès de l'héritier grevé. *Claude Henrys*, *tom.* 2, *liv.* 5, *quest.* 5, discute exactement cette question & exclut la représentation, dans le cas même où le fidéicommis *relinquitur familiæ vel agnationi*, ceux-là sont seulement admis, *qui nominati sunt*, ou s'ils sont tous décédés, ceux du nom & de la famille du défunt qui se trouvent au temps du décès, §. *& qui ex his primo gradu procreati sunt*, ceux qui sont expressément appellés sont préférables, que même entre tous l'ordre & le grade doit être observé.

Marie Ricard au même endroit ci-dessus, n. 575, &c. persiste toujours contre le sentiment d'Henrys dans sa premiere opinion, que dans un fidéicommis fait à la famille, à la parenté, ou en autres termes qui aient le même effet, viennent toutes les personnes qui jouissent par la loi du pays, par la coutume du droit de représentation, quoiqu'ils se trouvent plus éloignés que d'autres avec lesquels la représentation les fait concourir, & par une suite nécessaire ils partagent le fidéicommis par souches & non par têtes, de la même façon qu'ils eussent fait dans le cas de la représentation si la succession leur eût été déférée *ab intestat*; les enfans du frere prédécédé concourant avec leur oncle, ne prennent que la même portion tous ensemble, qu'auroit recueilli leur pere qu'ils représentent. Marie Ricard confond la représentation en matiere de substitution & succession testamentaire avec celle des successions *ab intestat*, l'une & l'autre représentation ayant des privileges bien différens, comme il a été observé sur la question précédente.

Nous estimons que la représentation n'a point lieu dans les fidéicommis faits en faveur de certaines personnes désignées par leurs noms, non plus que dans ceux qui sont faits en faveur de plusieurs par noms collectifs, comme enfans, parenté, famille, n'y ayant nulle différence ni distinction à faire à cet égard en matiere de représentation.

ROUSSILLON.

Vide la question vingt-huitieme.

TOULOUSE.

LA représentation n'a jamais lieu à l'égard des fidéicommis (*a*), quand même ils seroient faits en faveur de plusieurs personnes par nom collectif, comme d'enfans, parenté, famille, ou autre nom semblable.

(*a*) Henrys, liv. 5, chap. 4, quest. 25, *id.* tom. 2, liv. 5, quest. 5. Maynard, liv. 5, chap. 45.

Car quoiqu'il ſemble que le teſtateur ait voulu que le fidéicommis fait en faveur des enfans, de la parenté & de la famille, fût réglé de même que la ſucceſſion *ab inteſtat*, reſte toujours que la repréſentation n'a pas lieu à l'égard des fidéicommis, qu'elle n'a été introduite que pour les ſucceſſions *ab inteſtat*, & que par conſéquent les plus proches doivent toujours exclure ceux qui ſont dans un degré plus éloigné (*a*). *In fideicommiſſo quod familiæ relinquitur : hi ad petitionem ejus admitti poſſunt qui nominati ſunt, aut poſt omnes eos extinctos qui ex nomine defuncti fuerint eo tempore quo teſtator moreretur, & qui ex his primo gradu procreati ſint: niſi ſpecialiter defunctus ad ulteriores voluntatem ſuam extenderit.* TOULOUSE.

La Loi 69, §. 3, *ff. de legat. & fideicom.* 2°. n'eſt pas moins préciſe. Dans l'eſpece de cette Loi un pere inſtitue ſon frere héritier, & lui défend d'aliéner ſa maiſon qu'il déclare laiſſer à la famille. L'héritier inſtitué aliene cette maiſon contre la prohibition expreſſe qui lui en avoit été faite, ou bien il décede après avoir inſtitué héritier un étranger. Le Juriſconſulte décide que dans ces deux cas tous ceux qui ſont de la famille ſont en droit de demander le fidéicommis, avec ce tempéramment toutefois que le plus proche doit être préféré, *quid ergo ſi non ſint, ejuſdem gradus, ita res temperari debet, ut proximus quiſque primo loco videatur invitatus.* Cette déciſion eſt confirmée par la Loi derniere, *cod. de verbor. ſignific.*

On a beau dire que ces Loix ont été faites dans le temps où le droit de repréſentation n'avoit pas lieu (*b*), puiſque ce droit n'a été introduit que par la Novelle 118 : parce que cette Novelle ne l'ayant admis que pour les ſucceſſions *ab inteſtat*, les Loix qui ont décidé que dans les fidéicommis laiſſés à la famille, le plus proche exclut ceux qui ſont dans un degrép lus éloigné, ne ſont pas abrogées.

Nous croyons donc, & nous le jugeons conſtamment, que la repréſentation ne doit jamais avoir lieu à l'égard des fidéicommis, quoiqu'ils ſoient faits en faveur de pluſieurs perſonnes par nom collectif, comme d'enfans, parenté, famille, ou autre nom ſemblable. Signés, le *Préſident Daſpe*, *Comere* de *Labaſtide*, *Pegueyroles*, *Baſtard*, de *Celés*, *Catellan-Lamaſquere*, *Azemar*, *Caſſand*, *Aymar*, *Cauſſade*, de *Paraſa*, *Daſpe* de *Meillan* & *Le Maſuyer*, Procureur Général.

Vide la queſtion vingt-huitieme. PARIS.

(*a*) *Leg.* 32, §. 6, *ff. de legat. & fideicom.* 2°.
(*b*) Ricard, tom. 2, traité 3, chap. 8, ſect. 2, part. 1.

TRENTIEME QUESTION.

Si le fils qui a mérité l'exhérédation de son pere doit être exclus de la substitution faite par son aïeul.

AIX. M. LE BRET.

LE fils exhérédé ne doit pas être privé d'un bien qu'il ne tient pas de la libéralité du pere, suivant la Loi 114, §. 15, *ff. de legat.* 1°.

L'on ne le croit pas en Provence, quoiqu'il soit assez naturel de présumer que si l'aïeul avoit su que son petit-fils mériteroit d'être déshérité par son pere, il n'auroit pas fait une substitution en sa faveur, ou ce qui est bien plus fort, il n'auroit pas dû sensement la faire.

Il semble que cette Jurisprudence devroit être corrigée; car l'on en voit l'inconvénient, en ce que beaucoup d'enfans qui savent qu'il y a des substitutions en leur faveur, ne se comportent pas avec assez de respect envers leurs parens, dans la pensée qu'ils ont des biens que leur pere ne peut pas leur ôter; ils seroient plus attentifs si les peres avoient un moyen de les en priver par une exhérédation.

AIX. M. DECORMIS, Avocat.

ON ne comprendroit pas en Provence dans l'exhérédation du pere la substitution de l'aïeul faite en faveur de ce fils qui depuis a été exhérédé par son pere. Car l'exhérédation est odieuse d'elle-même, & ne doit pas comprendre les biens donnés par une autre personne par simple conjecture ou présomption, que si l'aïeul avoit pu prévoir ce démérite de son petit-fils envers son pere, il n'auroit pas substitué en sa faveur.

BORDEAUX.

IL se présente à la vérité sur cette question quelques raisons de convenance pour l'affirmative; mais les principes du droit ne permettent pas que le fils déshérité, même justement, soit privé de l'effet d'une substitution dépendante de la succession de son pere, & cela seroit capable de causer des dérangemens considérables dans l'exécution de la volonté des testateurs. Signés, *Gillet* de *Lacase*, *Le Berthon*, *d'Albessard*, *Bigot*, *Jegun*, *Le Moncreau*, *Loyal*, *Dudon*, *du Viguier* & *de La Tresne*.

CETTE

CETTE question n'est pas difficile à résoudre, les petits-enfans prennent la substitution qui leur a été déférée par leur aïeul *jure sanguinis & non jure hereditario*. L'exhérédation faite par le pere ne doit pas les priver d'un fidéicommis qu'ils ne tiennent pas de lui.

Les raisons que quelques Auteurs en petit nombre ont rapporté pour le sentiment contraire ne méritent pas la moindre attention; ils disent que l'ingratitude du fils envers le pere doit lui ôter la substitution qui lui est déférée par son aïeul sur deux considérations. La premiere, parce qu'un fils déshérité doit être regardé dans la famille comme s'il n'avoit pas été au monde. La seconde, qu'il est présumable que si l'aïeul avoit prévu la conduite de son petit-fils envers son pere, il ne l'auroit pas appellé à la substitution; mais ces motifs sont bien frivoles, & ne peuvent déterminer à faire abandonner la disposition du droit qui est clair sur cette matiere.

La Loi *filius familias* 114, §. *cum pater*, *ff. de legat.* 1°. décide nettement les doutes que l'on pouvoit avoir sur la question proposée : la décision est si formelle, qu'on ne peut assez s'étonner qu'il y ait eu quelques sentimens particuliers qui s'en soient écartés. Voici comme Godefroy s'explique sur cette Loi. *Exheredatus potest agere ex testamento avito, licet non admittatur ex paterno unde colligendum exheredatum à patre succedere in emphyteosi & fundo avi, cum non succedat ut heres sed ut nepos.*

En effet, comment pourroit-on admettre que le pere eût la liberté d'ôter à son fils des biens que ce fils tient de son aïeul? Ce seroit trop étendre la liberté du pere & son autorité, même la porter plus loin que la Loi ne l'a déterminée, ce qui ne se fait jamais dans les dispositions pénales sans une Loi expresse. D'ailleurs l'exhérédation des biens du pere ne privant pas le fils des biens de sa mere, qui ne pourroit elle-même exhéréder son fils à cause qu'il seroit tombé, à l'égard de son pere, dans l'un des cas auxquels la Loi permet l'exhérédation; on ne voit pas pourquoi le pere seroit le maître de priver son fils d'un fidéicommis auquel ce fils seroit appellé par son aïeul; ce qu'il y a ce semble d'autant moins lieu d'admettre, qu'il peut arriver qu'un fils qui aura eu le malheur de donner lieu à une exhérédation par un mariage contracté par la force de la passion sans le consentement de son pere, mort avant qu'il ne se fût réconcilié avec lui, deviendroit à la suite un honnête homme & digne de tous les avantages que son aïeul lui a faits.

BESANÇON.

Ce ſentiment eſt encore autoriſé par le ſuffrage preſque univerſel de tous les Docteurs, & ſingulièrement d'*Henrys*, *tom.* 2, *liv.* 5, *queſt.* 3, *pag.* 530, 531. *Dumoulin*, *art.* 33, *Nov. conſ. gloſſ.* 1, *n.* 85.

Que ſi *Mantica*, *de conject. ult. vol. liv.* 3, *tit.*3, *n.* 20, paroît avoir été d'avis que le petit-fils exhérédé par ſon pere eſt exclu du fidéicommis à lui fait par ſon aïeul, il reconnoît lui-même ſon erreur au liv. 8, n. 12, 13, 24, & avoue que la Loi *filius familias* 114, *de legat.* 1°. décide les doutes qu'on pourroit avoir ſur cette matiere.

Pour ce qui eſt de *Lapeyrere*, *lettre S*, *n*°. 26, il n'allegue aucune raiſon du parti qu'il prend ſur la queſtion propoſée; auſſi le ſavant Auteur qui a fait des notes ſur ſon livre dans l'édition de 1725 démontre que Lapeyrere s'eſt trompé, & cite pour cela *Ricard* & *Deſpeyſſes*.

Ce que dit *Bretonnier ſur Henrys*, *tom.* 2, *liv.* 5, *queſt.* 4, *pag.* 532, touchant cette queſtion, n'eſt d'aucune conſidération. Il oppoſe en premier lieu la donation à cauſe de noces, dont le fils ingrat eſt privé; mais elle vient du pere, & eſt acquiſe à la mere, c'eſt par conſéquent un bien paternel; ainſi il eſt juſte que l'exhérédation prive l'enfant ingrat de cette ſorte de bien: d'ailleurs la Novelle 22 y eſt expreſſe; or bien loin qu'il y ait une Loi qui prive le petit-fils exhérédé par ſon pere du fidéicommis à lui fait par ſon aïeul, il y a une Loi qui décide poſitivement le contraire, c'eſt la Loi *filius famil.* qu'on a déja citée.

L'exemple du bénéfice de l'élection & de la reſtitution anticipée du fidéicommis dont les enfans ingrats ſont pareillement privés, ces exemples ne ſont pas applicables, parce que ce ſont des libéralités faites par le pere ou la mere qui ont élu ou reſtitué par avance; c'eſt le cas auquel on ne peut révoquer des avantages faits à un enfant s'il eſt ingrat dans la ſuite envers ſon bienfaiteur, ſuivant la Loi derniere *cod. de revoc. donat.*

Quant à l'autorité de Fernand (quoiqu'il ait de la réputation) on peut répondre qu'il n'y a pas d'Auteur, quelque habile qu'il ſoit, à qui il n'arrive de tomber dans l'erreur & ſouvent groſſiere. Fernand dans ce cas particulier eſt d'autant moins excuſable, qu'étant auſſi verſé qu'il l'étoit dans l'étude du Droit, il a préféré les lueurs d'une fauſſe équité à la diſpoſition préciſe d'une Loi canoniſée pour ainſi dire par le ſuffrage commun de tous les Docteurs.

Les Commiſſaires eſtiment donc qu'il n'y a rien de plus juſte que de déclarer que le fils qui a mérité l'exhérédation de la part de ſon pere ne doit pas être exclu de la ſubſtitution faite à ſon profit par ſon aïeul. Fait & arrêté le 29 Août 1730. Signés, *Boiſot*, *Eſpiard*, *Tinſeau*, *Dorol* & *Boquet* de *Courbouſon*.

BESANÇON.

Le fils vient à la ſubſtitution *jure ſanguinis* & non par droit héréditaire ; ainſi l'exhérédation ne peut pas comprendre ce que le ſang lui défere ; ce n'eſt pas de ſon pere qu'il tire ſon droit, c'eſt de ſon aïeul : or ſon pere ne peut l'exhéréder que pour ſes biens propres ; car celui-là ſeul a le pouvoir de prononcer l'exhérédation qui a le pouvoir d'inſtituer, & on ne peut ôter que les biens qu'on pourroit donner. Les biens ſubſtitués ne ſont pas de cette nature ; comme le pere ne peut pas les donner à ſon fils, il ne peut pas l'en priver. *Quid eſt enim quod de ſuo videatur relinquere, quid quod relinquit omnino relinquere debuit. Leg. unum ex familia, ff. de legat.* 2°. & c'eſt ici préciſément le cas de dire, *odia reſtringenda favores ampliandi non eſt afflicto, addenda afflictio*, nous tenons donc pour la négative ſur cette queſtion. Signés, de *Corbeſon*, *Holdt*, *Muller* & *Mulle*.

COLMAR.

Les Commiſſaires n'ont point trouvé d'Arrêt du Parlement de Dijon qui ait jugé cette queſtion, & les Auteurs qui en ont écrit ont penſé différemment, les uns comme *Mantica*, *liv.* 3, *n.* 20. *Fernand de filiis natis ex matrimonio*, *chap.* 10, *n.* 13, & *Lapeyrere* dans ſes déciſions, *ſomm. liv.* 5, *n.* 86, ſont d'avis que le fils qui a mérité l'exhérédation de ſon pere doit être exclu de la ſubſtitution qui a été faite par ſon aïeul, parce qu'ils prétendent que par l'exhérédation le fils eſt retranché de la famille, & qu'on doit préſumer que celui qui a fait la ſubſtitution n'a pas voulu y appeller des ſujets indignes qui duſſent un jour déshonorer ſa poſtérité. Les autres, comme *Deſpeyſſes au titre des teſtamens*, *part.* 1, *n.* 41 *in fine. Ricard*, *traité des donations entre-vifs*, *part.* 3, *chap.* 8, *ſect.* 4, *n.* 971 *in fine*, & *Henrys*, *tom.* 2, *liv.* 5, *queſt.* 3, ſoutiennent au contraire que quoique l'exhérédation prive l'enfant de toutes les libéralités qu'il tenoit de ſon pere, elle ne va pas cependant juſqu'à lui faire perdre celles qui lui ſont acquiſes par une autre voie, parce que le pere ne peut pas exhéréder le fils que pour ſes biens propres & non pour les biens d'un autre ; qu'ainſi il faut faire différence, *an quid jure heredi-*

DIJON.

DIJON. *tario defferatur*, *an quid jure sanguinis* ; qu'au premier cas l'exhérédation enveloppe tout ce qui vient par droit héréditaire ; qu'au second elle ne peut pas comprendre ce que le sang défere, & que comme le droit successif tombe à un fils comme fils ou l'un des descendans & non comme héritier, on doit dire qu'il lui appartient, quoique étant exhérédé, il ne soit pas héritier.

Ce dernier sentiment paroît préférable au premier, qui n'est fondé que sur la seule présomption que l'aïeul n'eût pas fait la substitution à son petit-fils s'il eût pu prévoir qu'il insulteroit un jour à son pere, & qu'il déshonoreroit sa famille par une exhérédation ; ainsi les Commissaires estiment que le fils qui a mérité l'exhérédation de la part de son pere ne doit pas être exclu de la substitution faite par son aïeul. Signés, de *Birbisey*, *Bouhier*, *Lantin*, *Thiery*, *Normand*, *Quarré* & *Genreau*.

FLANDRES. Nous ne croyons point que l'exhérédation faite par le pere puisse exclure le fils de la substitution faite par son aïeul, parce que cette exhérédation ne peut avoir effet que pour les biens dont le pere étoit propriétaire & que le fils pouvoit tenir de sa libéralité, & non pour ceux que le pere est obligé de restituer à son fils par la volonté de l'aïeul, & auxquels il n'avoit d'autre droit que celui d'en jouir pendant sa vie. Signés, *Pollinchonc*, *Pinault* de *Banneaux*, *Douche* de *Beaulieu*, *Visant* de *Ponange*, de *Burges*, *Bissehop*, *Curpin*, de *Calonne*, *J. Vaymel*, *Duparq* & *Vermineau*.

GRENOBLE. L'Exhérédation justement prononcée par le pere prive le fils de la substitution faite par son aïeul & même de sa légitime maternelle. Cela a été jugé dans ce Parlement dans l'affaire du Sieur de Riberet, que son pere avoit exhérédé & privé de la substitution faite par son aïeul dans le contrat de mariage du pere, au cas qu'il se mariât après son décès avec une Demoiselle avec laquelle il avoit entretenu un commerce pendant la vie de son pere & contre ses défenses. Le fils ayant passé outre au mariage après la mort du pere, le Parlement confirma l'exhérédation. Le Sieur de Riberet fils se pourvut en cassation contre cet Arrêt, qui fut loué & confirmé par feu Louis XIV d'heureuse mémoire, l'affaire ayant été rapportée en sa présence. Ce grand Prince jugea qu'on ne pouvoit pas contenir les enfans dans leurs devoirs envers leurs pere & mere par des peines trop rigoureuses. Signés, de *Grammont*, *Lacroix* de *Sayne*, de *Loyssin*, *Morel*, *Montrivier* & *Vidault*, Procureur Général.

Le fils exhérédé par son pere n'est point exclu de la substitution faite par son aïeul, parce que c'est un droit qui lui est acquis & qui ne procede point de la libéralité de son pere. Signés, de *Montholon*, *Pierre*, de *Lange*, *Bertrand*, *Musac*, *Lançon* & *Bonneau*. METZ.

Il est de maxime, parmi nous, que celui qui a mérité l'exhérédation de son pere est exclus des fidéicommis statuaires. Nous ne savons pas que la question ait été jugée dans ce Parlement à l'égard du fidéicommis testamentaire ou contractuel; mais nous croyons que le fils exhérédé en doit être exclu, parce que le fils ingrat étant exhérédé par son pere, doit être considéré comme s'il n'étoit pas au monde, & que l'on doit présumer que la pensée de celui qui a fait la substitution n'a pas été d'appeller des sujets indignes pour déshonorer sa famille & sa postérité. Signés, de *Gaubert*, de *Casaux*, *Mignon*, *Deodat*, *Desclaux*, *Mesplés*, *Bordenave*, *Dejean*, *Lesan*, *Bonnecase*, *Casenave* & de *Caseaux*. PAU.

Claude Henrys traite la question, *tom.* 2, *liv.* 5, *quest.* 3, ne rapportant nul Arrêt; il dit qu'encore que les biens substitués viennent de plus loin, & non de la libéralité du pere, c'est néanmoins de ses mains que le fils les prend; que l'exhérédation étant un foudre que la Loi remet en main du pere justement irrité, elle produit les mêmes effets; qu'un fils exhérédé est censé hors la famille, il doit être exclu de tous les biens qui regardent la famille & qui en dépendent; que c'est une espece d'abdication qui fait réputer ce fils exhérédé pour étranger; que l'aïeul qui fait la substitution n'est point présumé avoir appellé un fils dénaturé, & qui par ses mœurs & sa conduite dépravée fait injure à son pere & à ses ancêtres; que par les Ordonnances sur les mariages clandestins, & contre les enfans qui se marient à l'insu des peres & meres, lesquels & leurs enfans sont exclus de toutes successions directes & collatérales. M. de Gaubert, premier Président.

Il ajoute, pour le parti contraire, qu'il faut faire différence, *an quid jure hereditario defferatur*, *an vero jura sanguinis*, qu'au premier cas l'exhérédation enveloppe tout ce qui vient par droit héréditaire; mais au second cas elle ne peut comprendre ce que le sang défere; que ce droit successif vient au fils, *ut filius*, *non ut hæres*, qui lui appartient quoiqu'il ne soit héritier & qu'il soit exhérédé; que le pere ne peut exhéréder son fils que pour ses biens propres & non pour les biens d'un autre; que l'on ne

PAU.
M. DE GAUBERT.

peut exhéréder que ceux que l'on peut instituer, & l'exhérédation ne peut s'étendre qu'autant que feroit l'institution, ni par conséquent valoir que pour les biens auxquels on peut substituer, §. *quid est enim quod de suo videatur relinquere, qui quod relinquit omnimodo relinquere debuit. Leg. unum ex familia, ff. de legat.* 2°.

Sur l'objection prise des Ordonnances sur les mariages qui excluent les enfans descendans d'un fils injustement exhérédé. *Odia restringuntur, in pœnalibus non fit extensio.* Henrys décide & se détermine que l'exhérédation d'un fils ne le prive point des biens substitués, lesquels n'y sont point compris.

Marie Ricard des donations, part. 3, *chap.* 8, *sect.* 4, *pag.* 630 *de l'édition de* 1701 est de même avis, que le pere ne peut point par l'exhérédation priver son fils des biens qu'il doit lui rendre à titre de fidéicommis fait par des prédécesseurs, ne pouvant révoquer que ce qui part du pere exhérédant, non les libéralités d'autrui.

Lapeyrere, lettre S, n. 117, que le fils qui a baillé juste cause d'exhérédation au pere est exclu de la substitution de l'aïeul, il ne cite point d'Arrêt.

M. Bretonnier sur Henrys semble incliner pour la décision de Lapeyrere, que le fils qui a mérité l'exhérédation du pere doit être exclu de la substitution de l'aïeul, s'appuyant du sentiment de Fernandus, *puto tamen offici inhabilem devoluique successionem debere in substitutum, quoniam tali ingratitudine à numero filiorum sub movendus est, atque si numquam in rerum natura fuisset*; qu'il n'est point à présumer d'ailleurs que l'aïeul ait eu la pensée de mettre son petit-fils en état d'insulter à ce fils, & de lui remettre des armes pour faire la guerre à la nature.

Bretonnier soutenant son idée, argumente, 1°. Par le cas de la donation *propter nuptias*, de laquelle les enfans ingrats peuvent être privés par la mere, quoique ce soit un bien paternel, *Nov.* 22, *chap.* 26. 2°. Par le bénéfice de l'élection dont les enfans indignes peuvent être privés par la mere, quoique l'élection & les biens viennent du pere.

Nous croyons que par rapport aux conséquences il est prudent, & il convient de décider que le fils qui a mérité l'exhérédation de son pere, doit être exclus de la substitution faite par l'aïeul.

ROUSSILLON.

Les Docteurs sont partagés sur cette question, les uns soutiennent que le fidéicommissaire appellé par la disposition d'un testateur à qui il a fait injure après la disposition, & qu'à l'occasion de ce il y a eu une inimitié irréconciliable entr'eux; comme en ce cas l'opinion de plusieurs Docteurs est qu'on présume une révocation du fidéicommis, du profit duquel le fidéicommissaire doit être déclaré indigne par l'injure faite au testateur; par une parité de raison, ces premiers soutiennent que le fils qui a mérité l'exhérédation de la part de son pere, doit être exclu de la substitution faite par l'aïeul, à cause que par une interprétation de volonté l'on peut présumer que l'aïeul est censé avoir voulu exclure son petit-fils, ingrat à son pere, du profit du fidéicommis fait en sa faveur, & parce qu'il est d'ailleurs à croire que si le testateur eût prévu son ingratitude il ne l'auroit pas appellé. Les autres soutiennent le contraire, sur le fondement que la révocation du fidéicommis ne peut être présumée que pour l'ingratitude ou offense faite envers le même testateur; que d'ailleurs ce n'est pas en vertu du testament du pere que le petit-fils succede au fidéicommis de son aïeul, mais bien par l'effet de la disposition de ce dernier, d'autant qu'aux successions fidéicommissaires, c'est à celui qui a institué le fidéicommis que le fidéicommissaire succede.

Que d'ailleurs la disposition de la Loi *filius familias*, *au* §. *cum pater* 15 *&* 16, *ff. de leg.* 1°. décide la question en faveur du fils exhérédé, puisqu'il y est expressément décidé que le fils exhérédé par le pere qui étoit chargé de rendre à sa famille un bien à lui donné par son pere avec défense de l'aliéner, en cas d'aliénation les enfans exhérédés, petits-fils du testateur, sont fondés à demander le profit du fidéicommis; c'est aussi sur ces motifs & sur la disposition du texte, qu'on estime que le fils qui a mérité l'exhérédation de la part de son pere, ne doit pas être exclu de la substitution faite par son aïeul. Signés, *Deponte*, *d'Albaret*, *Delpont*, de *Villars*, *Collarés*, *Bonnet* & *Romanya*, *Gispert*, de *Fulla*, *Regnés*, *Després*, *Bonnet* & *Sans*.

TOULOUSE.

Le pere en exhérédant son fils ne peut pas le priver de l'effet de la substitution faite par son aïeul (*a*), parce que les biens qu'il est chargé de rendre ne lui appartiennent pas, & qu'il n'est pas en son pouvoir d'exclure celui qui est appellé dispositivement

(*a*) Ricard, tom. 1, part. 3, chap. 8, sect. 4, p. 603.

TOULOUSE.

par le substituant. Signés, le *Président Daspe*, *Comere* de *Labastide*, *Pegueyroles*, *Bastard*, de *Catellan - Lamasquere*, *Azemar*, *Cassand*, *Aymar*, *Caussade*, de *Celés*, *Parasa*, *Daspe* de *Meilhan*, & *Le Masuyer*, Procureur Général.

PARIS.
M. le Procureur Général.

On ne peut douter que s'il s'agissoit de décider cette question aux termes du Droit, elle ne dût l'être en faveur de l'enfant exhérédé ; il ne tient point le fidéicommis du pere qui a prononcé l'exhérédation, mais de son aïeul, le pere ne peut rien que sur ses propres biens ; il ne peut donner atteinte à un droit acquis à son fils qui succede directement à celui qui a fait la substitution, qui y succede par la volonté & non par la Loi, qui y succede *jure sanguinis & non hereditario*. La disposition de la Novelle 22 qui n'est point dans le cas de la question proposée, ne paroît pas pouvoir avoir aucune application aux questions du douaire & de la donation *propter nuptias* ; celles du bénéfice de l'élection & de la restitution anticipée du fidéicommis dont l'enfant déshérité ne peut profiter n'y ont aucun rapport, parce que tout vient alors de la libéralité du pere.

Aussi presque toutes les Cours se sont-elles réunies à ce sentiment, & le plus grand nombre des Auteurs sont de même avis.

Il est vrai que Mr. Le Bret desireroit que l'on corrigeât la Jurisprudence par un motif très-raisonnable ; il observe qu'on ne peut présumer que l'aïeul eût formé la substitution, s'il eût prévu que son petit-fils eût mérité l'exhérédation ; qu'on peut dire du moins que sa substitution n'eût pas été sensée ; qu'enfin c'est souvent un grand obstacle au respect paternel que d'avoir des biens assurés indépendamment de la volonté du pere.

On voit même un Arrêt du Parlement de Grenoble, qui a jugé la question contre le fils exhérédé ; on voit pour ce sentiment l'autorité du célebre Berengarius Fernandus, qui a été suivi par Lapeyrere & par le Commentateur d'Henrys ; mais il est vrai que le Parlement de Toulouse n'a point suivi l'avis de Fernand, & que le Parlement de Bordeaux ne s'est point conformé à l'avis de Lapeyrere. Mantica bien entendu, & Peregrinus ne sont point d'avis d'exclure le fils exhérédé (si ce n'est, suivant ce dernier, qu'il eût homicidé le pere grevé de substitution) & le sentiment de Ricard est aussi en faveur du fils.

S'il falloit juger la question suivant les regles qui sont en vigueur, il seroit difficile de ne pas se déterminer en faveur de l'exhérédé ; mais

mais ne feroit-il pas du bien des fujets du Roi, & l'ordre public ne pourroit-il pas exiger que par la nouvelle Loi on le décidât autrement? Les motifs allégués par M^r. Le Bret paroiffent bien confidérables, & ne peuvent point être balancés par la haine des peres fâchés d'être grevés de fubftitution, ni par les prédilections injuftes : il n'eft queftion que d'une exhérédation jufte, & dont on ne peut fuppofer pour motif ni haine du pere ni prédilection.

PARIS.

Tout femble donc porter à faire la Loi nouvelle contre l'exhérédé, fi cette Loi d'ailleurs n'entraîne pas de trop grands inconvéniens. On a cru devoir les parcourir tous, celui de la contrariété avec les principes reçus, la difficulté d'égaler cette Loi à celle des mariages contractés contre le confentement des peres & meres, la difficulté, ou d'embraffer toutes les fubftitutions qui regarderoient l'exhérédé, ou de n'en comprendre que quelques-unes dans la Loi, la difficulté enfin de décider à qui parviendroit en ce cas la fubftitution.

D'un côté on a obfervé que s'il n'étoit pas poffible de décider contre les principes reçus lorfqu'il s'agit de décider une conteftation conformément aux Loix, que fi l'on ne pouvoit même donner atteinte à ces principes quand il n'étoit queftion que de former une nouvelle Loi fur les anciennes, dans la vue de les interpréter & non de les détruire, il étoit nonfeulement poffible, mais néceffaire de s'écarter fouvent de l'ancienne Loi, quand on avoit à délibérer fur les avantages qu'on doit tirer de la nouvelle Loi; mais de-là on a conclu qu'il falloit, pour heurter des principes anciens reçus de tous les temps, un avantage affez confidérable, affez réel & affez évident pour qu'il dût céder à toute autre confidération.

Or on a cru qu'il y avoit peu de principes auffi facrés que celui qui, conformément en cela à la Loi naturelle & à la droite raifon, ne permet pas à un homme d'ôter à un autre ce qui lui appartient : on a cru en même temps que le prétexte du bien public étoit ici plus fpécieux que réel, & n'étoit pas par conféquent capable de détruire par une nouvelle Loi un principe auffi ancien.

On a regardé comme une chofe évidente l'impoffibilité de porter la rigueur jufqu'à priver l'exhérédé de toutes les fubftitutions auxquelles il auroit été appellé, foit par des collatéraux, foit par des étrangers, d'autant plus que la queftion propofée feborne à la fubftitution faite par l'aïeul, il femble même que cela fuppofe que la fubftitution dont on parle dans la queftion pro-

PARIS.

posée soit sur la tête de l'exhérédant dans le temps de l'exhérédation.

Mais quoiqu'on ait fort bien senti qu'une pareille substitution pouvoit être plus facilement comprise dans l'exhérédation que toute autre, parce que l'exhérédé devant la tenir de la libéralité de l'aïeul, il la reçoit cependant par le canal de son pere, on a néanmoins observé que d'un côté il n'y avoit pas plus de raison solide à rendre l'exhérédant le maître d'une pareille substitution que de toute autre; on a remarqué que le principe étoit le même; qu'il ne sembloit donc pas possible de former une décision différente, & qu'il n'étoit pas praticable de rendre l'exhérédant le maître de toutes les substitutions qui regarderoient l'exhérédé; que de degré en degré, il faudroit aller jusqu'à le rendre maître de le priver des successions même *ab intestat*, & autres que celles de l'exhérédant; que si ces conséquences paroissoient absurdes, l'avantage de la nouvelle Loi étoit bien léger, puisque ce fils exhérédé, s'il étoit privé de la substitution de son aïeul dont son pere seroit grevé, ne le pourroit être d'aucune autre substitution ni d'aucune autre succession.

A cet inconvénient on a fait succéder celui qui naîtroit de l'incertitude où l'on seroit pour savoir à qui la substitution pourroit parvenir: on a bien senti que l'inconvénient seroit peu important, si par la nature de la substitution elle devoit passer en collatérale après l'exhérédé; mais il a été observé que c'étoit le cas le plus rare, & que pour l'ordinaire les substitutions passoient aux enfans; que soit qu'elle dût passer aux enfans, ou que par la privation de l'exhérédé les biens dussent rester libres dans la personne de l'exhérédant, il ne paroissoit pas possible ni d'ôter à l'exhérédant la faculté de transmettre la substitution aux enfans de l'exhérédé, ni de priver ces enfans de la substitution si elle devoit les regarder.

On a fort bien observé la différence des exhérédations pour cause de mariage d'avec toutes les autres, les premieres qui tombent sur les enfans nés d'un mariage qui a été l'objet de l'exhérédation, les secondes au contraire toutes personnelles à l'exhérédant. Mais de-là quel inconvénient dans un cas qui peut être très-ordinaire d'un exhérédé qui n'auroit point d'enfans à la mort de l'exhérédant, mais qui en auroit dans la suite. Où résideroit la substitution? Passeroit-elle à celui qui, à défaut des enfans de l'exhérédé, devroit recueillir les biens à la charge de l'éviction en cas de naissance d'enfans, ou créeroit-on un curateur à la substitution?

On a jugé trop d'inconvéniens dans ces différens événemens, pour entrer dans la vue d'une nouvelle Loi : la disposition des Ordonnances, au sujet des mariages, qu'on peut regarder comme un inconvénient par rapport à la difficulté d'y égaler toutes les exhérédations, avoient paru d'abord au contraire une espece de motif pour former la Loi nouvelle : on opposoit au systême d'une Loi nouvelle la crainte de heurter les principes reçus ; mais on répondoit que nos Ordonnances y avoient déja donné une grande atteinte, qu'il ne s'agissoit que d'étendre leurs dispositions (bornées aux exhérédés pour mariage) à toute sorte d'exhérédations.

On a observé que l'Ordonnance de 1556 ne concernoit à la vérité dans les premiers articles que les biens de l'exhérédant ; mais que l'art. IV déclaroit les enfans exhérédés incapables de tous avantages portés dans les contrats de mariage, ou par les Loix & coutumes, & que quoiqu'on ne puisse raisonnablement appliquer ces dispositions dans l'exacte rigueur qu'aux avantages qui proviendroient de l'exhérédant, il étoit certain pourtant que cette Loi portoit la peine de l'exhérédation au-delà de l'effet ordinaire de l'exhérédation.

On a observé ensuite que l'Ordonnance de 1639 alloit plus loin en prononçant la privation par le seul fait, en comprenant les biens des aïeux & même les successions collatérales, en comprenant enfin tous les avantages par contrat de mariage, testamens ou coutumes des lieux.

Qu'à la vérité cette Ordonnance avoit eu, par ces termes trop généraux dans lesquels elle étoit conçue, quelque difficulté dans son exécution ; qu'on n'avoit point vu, ou qu'on n'avoit vu que peu d'exemples, soit de privation par le seul fait, soit d'exclusion des successions collatérales ; qu'il seroit peut-être même difficile de ne pas borner la clause des avantages par contrats de mariage, testamens & coutumes des lieux, à ce qui pourroit avenir à l'exhérédé & à ses enfans de leurs ascendans ; mais qu'en limitant même à ce point les dispositions de cette Ordonnance le bien des aïeux s'y trouveroit compris ; que la substitution venant de l'aïeul, & dont le pere se trouve grevé, paroissoit donc évidemment renfermé dans les termes précis de cette Loi, sans vouloir l'étendre au-delà de ses justes bornes, & que l'on pouvoit en dire autant de l'Edit de 1697 pour les mariages des enfans, même majeurs, qui se marioient sur un domicile emprunté, demeurant actuellement avec leur

PARIS.

pere & mere ; on n'a pas cru devoir parler des mariages des majeurs qui n'avoient pas fait les sommations respectueuses, ni de ceux qui avoient été tenus secrets jusqu'à la fin de la vie, ou qui avoient été enfin contractés à l'extrêmité entre deux personnes qui vivoient dans le concubinage ; on a seulement pensé que toutes les dispositions comprises dans nos Ordonnances sur ce sujet, méritoient d'être retouchées par le nombre des difficultés qu'elles ont fait naître ; mais qu'il suffisoit pour la question présente que les Ordonnances eussent porté dans le cas des mariages l'effet de l'exhérédation au-delà de celui qu'elle a par les anciennes Loix, pour en conclure qu'il n'y avoit rien qui mît obstacle à la nouvelle Loi en la bornant à la substitution faite par l'aïeul, dont le pere exhérédant seroit grevé ; qu'il sembloit même convenir de ne point donner moins d'étendue à l'exhérédation prononcée par le pere qu'à celle prononcée de plein droit par la Loi.

Mais que s'il paroît avantageux pour l'ordre de suivre les vœux de ces Ordonnances dans le cas des exhérédations par mariages contractés contre la disposition des Ordonnances, il sembloit également nécessaire d'étendre la Loi à toute sorte d'exhérédations ; que toutes les causes portées par la Novelle 115 n'étant pas moins une injure au pere (quoique d'une autre espece) ne méritoient pas moins la peine de la Loi, qu'en un mot toutes ces causes méritoient l'exhérédation, & que ce pouvoit être un grand bien pour la société civile que tout enfant fût retenu, nonseulement par la crainte de perdre les biens de son pere, mais par celle d'être privé même des biens qui, sans l'exhérédation, lui appartiendroient par la substitution de son aïeul.

Ces raisons, quelques puissantes qu'elles aient paru, ont cédé aux autres inconvéniens ci-dessus allégués ; on a pensé même qu'il étoit bien difficile de se déterminer à proposer une nouvelle Loi qui est si contraire aux principes par le motif des Ordonnances qui ont déja entamé les principes, quand on voit que ces Ordonnances en ce point n'ont pas été exécutées, que les motifs & les avantages de l'uniformité de la Loi ne pourroient même se rencontrer sur ce sujet, puisqu'en décidant la question proposée contre le fils exhérédé, nos Ordonnances sur les mariages étoient toujours encore plus loin ; que ce seroit encore une chose fort embarrassante dans la rédaction, puisqu'il faudroit pour les mariages réserver les dispositions des Ordonnances qui sont plus étendues que la question dont il s'agit ; mais que ce seroit par cette

réserve confirmer des dispositions d'Ordonnances qui n'ont jamais été observées ni pu l'être ; qu'il seroit plus convenable de remettre ces questions à un autre temps où l'on pourroit traiter de la matiere des mariages ; qu'enfin quand on voyoit que les Romains, si jaloux du pouvoir paternel, n'ont pas jugé convenable de porter jusques-là l'effet de l'exhérédation ; que toutes les Cours, hors deux, se déterminent contre un effet si étendu ; qu'il n'y a que deux ou trois Auteurs d'avis contraires ; que le Parlement de Bordeaux n'a pas suivi le sentiment de Lapeyrere, quoique entiérement dévoué à ce Parlement ; que celui de Toulouse qui a toujours eu un respect si légitime pour Fernand, n'a pas cru toutefois devoir déférer à son sentiment, il étoit difficile de proposer une Loi que les Jurisconsultes Romains, les Empereurs, nos Rois, n'ont pas cru devoir établir, & dont l'utilité ne paroissoit pas avoir frappé ni nos Auteurs ni les Cours souveraines, si on en exceptoit un petit nombre. PARIS.

Ainsi on a estimé que le fils exhérédé par son pere n'étoit pas exclus de la substitution faite par son aïeul.

Quelques-uns en très-petit nombre ont pensé que si on suivoit cet avis, il seroit peut-être plus convenable de ne point faire de Loi que d'en faire une qui sembleroit favoriser les exhérédés.

TRENTE-UNIEME QUESTION.

Dans les substitutions auxquelles les filles sont appellées en général au défaut des mâles, est-ce la plus proche du dernier possesseur des biens substitués, ou celle qui se trouve l'ainée de la branche ainée qui doit recueillir la substitution ?

DANS le cas proposé l'on croiroit que la fille plus proche du dernier doit être appellée privativement à l'ainée de la branche ainée (*a*), & cela par deux raisons. La premiere, qu'en AIX.

(*a*) Dumoulin, consil. 1, n. 75. Arrêt du 7 Mai 1674, en la cause de Nicolas & Antoine Fouques, de la ville de Draguinan. Peregrin. de fideicom. art. 27, n. 13 & suiv. V. Philipi, rép. 7.

AIX. these générale le fidéicommis doit être recueilli par le plus proche de l'héritier grevé, & non pas par le plus proche du testateur. La seconde est, que quand une fois un fidéicommis a été porté dans une ligne, il ne doit pas être tiré pour passer à une autre avant que cette ligne soit épuisée.

M. LE BRET. CELUI qui écrit ces réponses n'étant point prévenu pour les substitutions, ne croit pas que la fille plus proche du testateur doive être préférée à la plus proche du dernier possesseur des biens substitués. Les nouveaux Auteurs, comme *Lebrun* & *Ricard*, voudroient aussi que cette fille plus proche du dernier possesseur des biens substitués y fût appellée; mais il semble que si le fidéicommis marquoit une préférence pour la branche ainée, la fille qui en descendroit devroit exclure les filles des autres branches, quoique plus proche du dernier possesseur des biens substitués.

M. DECORMIS, Avocat. DANS les substitutions qui appellent les filles, *Ricard* & autres nouveaux Auteurs, comme *Lebrun*, des successions, panchent plutôt à appeller la fille plus proche du dernier possesseur des biens, que celle qui se trouvoit plus proche du testateur; mais si le fidéicommis favorisoit la branche ainée, la fille qui en feroit partie excluroit les autres quoique plus proche du dernier possesseur des biens substitués.

BORDEAUX. IL est impossible de résoudre cette question par une réponse générale, parce qu'elle doit être diversement décidée selon les différentes expressions dont le testateur s'est servi, & la prédilection qu'il paroît avoir eu, ou pour la primogéniture, ou pour les descendans de l'héritier grevé, ou même pour ses plus proches parens; ainsi on estime qu'elle doit être laissée à l'arbitrage du Juge. Signés, *Gillet* de *Lacase*, *Le Berthon*, *d'Albessard*, *Bigot*, *Jegun*, *Le Moncreau*, *Loyal*, *Dudon*, *Du Vigier* & de *La Tresne*.

TRENTE-UNE ET TRENTE-DEUXIEME QUESTION.

Si pour prévenir cette difficulté & les autres qui se présentent très-souvent à l'occasion des substitutions où les filles & leurs descendans sont appellés, il ne conviendroit pas mieux de restreindre les substitutions aux seuls mâles descendans par mâles ; & supposé qu'on le décidât ainsi, si l'on prendroit le tempérament de borner l'effet de la substitution à la premiere fille qui se trouveroit dans l'ordre de vocation marqué par le donateur ou le testateur, ensorte qu'elle pût recueillir, en vertu de la substitution, les biens substitués qui deviendroient libres en sa personne ?

BESANÇON.

Ces deux questions concernent le même objet. La premiere propose la difficulté, & la seconde le moyen de la résoudre ; à l'égard de la difficulté, il paroît d'une part que la parenté de la fille substituée avec le dernier possesseur du fidéicommis ne doit pas être considérée, parce qu'on suit ordinairement, en matiere de substitution, l'ordre des branches, à moins que l'intention du testateur n'y soit contraire ; cependant l'opinion la plus suivie est, qu'en matiere de substitutions on adjuge les biens substitués au plus proche non du testateur qui a substitué, mais du dernier décédé (*a*); & si dans quelque cas on remonte, en matiere de succession, jusqu'à la souche commune, c'est pour savoir si ceux qui veulent succéder sont parens paternels ou maternels, suivant la maxime *paterna paternis, materna maternis*, il n'y auroit que l'intention clairement exprimée du testateur qui pourroit faire sortir de ce principe, dont le fondement se trouve dans plusieurs textes du Droit.

Il est vrai qu'on préviendroit bien des difficultés en restreignant les substitutions aux seuls mâles descendans par mâles ; mais il paroît que ce ne devroit être que dans le cas que l'héritier & le premier substitué fussent des mâles ; car il paroîtroit dur qu'un homme qui n'auroit que des filles ne pût faire des substitutions entr'elles, & d'elles à leurs descendans, que l'on charge souvent de prendre le nom & armes du testateur. Il ne paroîtroit pas juste de restreindre la substitution dans ce cas à la premiere fille,

(*a*) Marsarias, *de fideicom.* quest. 35. Ricard des substit. pag. 1, n. 547, 561, 564, si ce n'est que celui qui en est chargé ne soit pas lui-même parent du testateur.

BESANÇON. les autres ne devant pas être de pire condition ; on pourroit seulement déclarer que lorsque les mâles descendans de l'héritier ou du premier substitué seroient appellés en termes généraux, il n'y auroit que les mâles descendans par mâles, & sans intermédiation des filles qui seroient en droit de recueillir la substitution ; c'est à quoi les Commissaires réduisent leurs avis sur les deux articles ci-dessus qui leur ont paru difficiles à régler par une décision qui puisse satisfaire tout le monde. Fait & arrêté le 29 Août 1730. Signés, *Boisot*, *Espiard*, *Tinseau*, *Dorol*, & *Boquet* de *Courbouson*.

COLMAR. Deux principes décident cette question, l'un est que *fœmina semel exclusa semper manet exclusa*.

L'autre que quand une ligne est en possession d'une succession, *non sit transitus ad aliam donec superest aliquis de illa linea* ; c'est surquoi on peut voir *Vincent Fusarius de fideicom. substit. q.* 379, *n.* 62 *& seq. & Peregrinus* sur la même matiere.

Dans le cas ici proposé on ne doit pas tant regarder la personne du fidéicommittant que celle du fidéicommissaire ; il n'est pas équivoque que celui qui a fait la substitution a voulu favoriser ce dernier possesseur mâle, & par conséquent préférer l'héritier de ce dernier possesseur aux filles issues des branches qui se sont éteintes par le défaut des mâles ; car appeller la postérité d'un homme n'est pas moins la favoriser que de l'appeller lui-même ; donc, *in dubio*, nous croyons remplir la volonté du substituant, en nous déterminant à croire que c'est la fille la plus proche du dernier possesseur qui doit recueillir les biens substitués, & non pas l'ainé de la branche ainée. Signés, de *Corbeson*, *Holdt*, *Muller* & *Mulle*.

DIJON. Les droits d'ainesse ne sont pas admis par la coutume de cette Province ni par les Loix Romaines ; ainsi ils n'ont lieu dans le ressort de ce Parlement qu'autant que l'Auteur de la substitution les auroit suffisamment établis dans le fidéicommis qu'il a formé.

Sur la difficulté principale on estime que dans le doute laissé par le testateur, la proximité & la ligne des substitués qu'il a appellé sous une dénomination collective, doivent être réglés relativement à la personne de ce testateur même, & non à celle du dernier possesseur des biens fidéicommissés.

Les motifs de cette opinion seront ci-après touchés plus au long

long sur la question 35, on se bornera quant à présent à un seul argument qui semble décisif, aussi aucun des partisans de l'opinion contraire n'y a-t-il fourni de réponse légitime. DIJON.

On leur accorde & on leur oppose même le principe, que dans les fidéicommis collectifs qui seuls peuvent donner lieu à la difficulté que l'on traite, on doit régler la proximité ou la ligne des substitués suivant l'ordre de la succession *ab intestat*, ordre auquel le testateur, à défaut d'expression contraire & plus précise, est censé s'être remis.

Mais dans l'ordre de la succession *ab intestat* toute hérédité suppose deux extremes.

Un défunt qui la laisse, un héritier qui la recueille, tout est alors nécessairement fixé par la relation indivisible à ces deux personnes; la liaison plus ou moins intime du sang qui les unit forme la ligne & la proximité, il faut que l'adition confonde pleinement les droits de l'un & de l'autre.

Le substitué succede incontestablement au fondateur du fidéicommis, & non au dernier grevé qui en a possédé les biens; c'est donc celui-là & non celui-ci qui seul peut & doit fixer la proximité ou la ligne.

Mais, dit-on, la preuve de la proximité ou de la ligne devient beaucoup plus difficile en s'attachant à la personne du testateur.

Cette difficulté réduite à la preuve d'un fait dont celui qui en excipe est tenu, n'est pas après tout bien considérable. Le fût-elle, tant de principes qui la rendent nécessaire, & qui ont prévenu sans doute des inconvéniens beaucoup plus forts la justifient. Abolira-t-on sur ce prétexte, par exemple, les patronages des familles, où la même difficulté est infiniment plus réelle & plus fréquente?

Au reste, dans l'hypothese particuliere de la question proposée, on trouve encore de la part du testateur une disgression à des personnes de diverse qualité, cas dans leque un grand nombre de ceux mêmes qui ont tenu pour la relation à la personne du dernier possesseur, sont convenus qu'il falloit en revenir à la personne de l'auteur de la substitution, sur quoi on peut voir *Fusarius, quest.* 484, *n.* 21 *& suiv.* Signés, de *Birbisey*, *Bouhier*, *Lantin*, *Mairelet*, de *Minot*, *Thiery*, *Normand*, *Quarré & Genreau.*

La question ne s'est point présentée à juger au Parlement, nous croyons que dans les substitutions auxquelles les filles sont appel- FLANDRES.

FLANDRES. lées en général au défaut des mâles, c'eſt la plus proche du dernier poſſeſſeur des biens ſubſtitués qui doit recueillir la ſubſtitution préférablement à celle qui ſe trouve l'ainée de la branche ainée; car quoique en fait de ſubſtitution on ſuccede au teſtateur ou donateur & non au fidéicommiſſaire, c'eſt toujours néanmoins dans l'ordre des ſucceſſions *ab inteſtat*, enſorte que quand il eſt queſtion de la préférence entre les mâles, on a égard à la proximité du fidéicommiſſaire; nous ne voyons point de raiſon de s'écarter de cette regle, quand il eſt queſtion de la préférence entre les femelles, à moins qu'il n'y ait dans la ſubſtitution quelques diſpoſitions au contraire. Signés, *Pollinchon*, *Pinault* de *Banneaux*, *Douche* de *Beaulieu*, *Viſant* de *Ponange*, de *Burges*, *Biſſehop*, *Curpin*, de *Calonne*, *J. Vaymel*, *Duparq* & *Vermineau*.

GRENOBLE. QUAND la ſubſtitution n'eſt pas avec ordre de primogéniture, les filles appellées au fidéicommis & qui ſont au même degré ſuccédent conjointement, & excepté que le dernier poſſeſſeur du fidéicommis n'eût laiſſé des filles, ce ſont celles qui ſont les plus proches du teſtateur lors de l'échéance du fidéicommis qui le recueillent conjointement, & le droit de repréſentation n'a pas lieu, hors le cas où le teſtateur a appellé les filles par droit de primogéniture; mais ſur ce point, comme ſur beaucoup d'autres de l'eſpece & de l'extenſion des ſubſtitutions, il faut voir s'il y a d'autres termes dans le teſtament qui manifeſtent par des conſéquences certaines une volonté contraire, laquelle doit toujours dominer, dans le teſtament dont il faut concilier toutes les expreſſions. Signés, de *Grammont*, *Marnay*, *Beauvais*, *Garnier*, *Beauvais*, *Paiſſe* de *Coſte-Dalmas*.

METZ. DANS le cas de cette queſtion, c'eſt la fille du plus proche poſſeſſeur des biens ſubſtitués qui doit recueillir la ſubſtitution, & non celle qui ſe trouve l'ainée de la branche ainée. Signés, de *Montholon*, *Pierre*, de *Lange*, *Bertrand*, *Muſac*, *Le Goulon*, de *Champel*, *Lançon* & *Bonneau*.

PAU. NOUS n'avons trouvé aucun Arrêt qui ait décidé la queſtion dans ce Parlement; mais nous croyons que ſi elle y étoit portée, ſe détermineroit pour la plus proche du dernier poſſeſſeur des biens ſubſtitués, & il nous ſemble qu'il en doit être de même dans la Loi nouvelle, parce que cela eſt plus conforme à l'ordre

des successions *ab intestat*, lequel il semble qu'on doit suivre, lorsque le testateur ne s'est pas expliqué suffisamment, & d'ailleurs l'opinion contraire entraîneroit bien des embarras dans les familles. Signés, de *Gaubert*, *Mignon*, *Deodat*, *Desclaux*, *Mesplés*, *Bordenave*, *Dejean*, *Lesan*, *Bonnecase*, *Casenave* & *Descaseaux*.

PAU.

L'ESPECE de la question peut être celle-ci. Pierre fait un testament ayant deux enfans mâles (Paul & Antoine); il fait une substitution graduelle & perpétuelle en faveur de ses enfans mâles, & au défaut des mâles il substitue les filles; Paul ainé & premier institué a une fille appellée Jeanne, & Antoine a un garçon appellé Joseph; celui-ci comme enfant mâle doit recueillir la substitution, comme préféré aux filles. Joseph revêtu des biens substitués qui descend d'Antoine, fils cadet du testateur substituant décédé, laisse une fille; l'on demande si cette fille qui descend par mâle d'Antoine cadet, plus proche de Joseph, dernier possesseur, doit recueillir la substitution, ou bien Jeanne, ou même sa fille, descendans de Paul fils ainé de la branche ainée.

M. DE GAUBERT, premier Président.

Il semble d'abord que Jeanne sa fille & autres descendans d'elle, qui se trouve l'ainée de la branche ainée, comme la premiere appellée au défaut des mâles devroit recueillir la substitution dans l'intention présumée du testateur substituant, se trouvant la premiere fille dans l'ordre de vocation.

Mr. de Lamoignon dans ses arrêtés, titre des fidéicommis, art. 26, décide, que s'il est dit que les mâles défaillans, les filles soient appellées successivement au fidéicommis, il sera déféré aux filles qui se trouveront les plus prochaines en degré du dernier des mâles chargé de restituer, encore qu'il y ait d'autres filles plus proches en degré du testateur ou donateur.

Outre que la décision de Mr. de Lamoignon doit être d'un grand poids, il y auroit dans une décision contraire une espece d'injustice & bien des inconvéniens, la branche du fils ainé ayant été privée de la substitution n'ayant eu que des filles, la substitution & les biens qu'elle comprend ayant passé & roulé dans la famille du cadet qui a eu des mâles, que cette substitution & les biens retournassent à la branche ainée au préjudice de la fille du cadet, nantie des biens substitués, plus proche du dernier possesseur; ce seroit d'ailleurs blesser la regle & le principe *in pari causa potior est causa possidentis*, ne paroissant point d'ailleurs de privilege pour distinguer entre fille & fille,

PAU. M. DE GAUBERT.

Nous croyons que la fille la plus proche du dernier possesseur des biens substitués doit être préférée à celle qui se trouve l'ainée de la branche ainée.

TOULOUSE.

CETTE proposition peut être prise en deux sens différens; il faut supposer dans le premier que cette substitution graduelle & perpétuelle dont il s'agit, est déférée par ordre de primogéniture ou par ordre de ligne. On suppose dans le second qu'elle est déférée par proximité de degré.

PREMIER CAS. Dans le premier cas c'est l'ainé de la branche ainée qui doit recueillir le fidéicommis, c'est la Jurisprudence du Parlement de Toulouse. Il est permis par le Droit Romain de régler la forme de succéder par contrat de mariage, par convention & par testament, & d'établir dans sa famille un édit successoire, c'est-à-dire que dans les substitutions déférées par ordre de ligne aux enfans mâles, celui qui se trouve le premier de la branche ainée lors de l'événement de la condition recueille le fidéicommis, conformément à la volonté du testateur, & tous ceux qui se trouvent dans cette même branche sont toujours préférés à ceux d'une autre jusqu'à ce que cette premiere soit épuisée, pour lors l'ainé de la seconde branche recueille le fidéicommis, & ainsi des autres. Il en est de même à l'égard des filles appellées dans le même ordre au défaut des mâles; il faut commencer par l'ainée de la branche ainée, lorsqu'il ne se trouve plus d'enfans mâles dans aucune, & conserver dans celle-là le fidéicommis jusqu'à ce qu'elle soit épuisée, nous supposons que les filles appellées au défaut des mâles le sont dans le même ordre des lignes; car si elles sont appellées en général, toutes celles qui se trouvent dans le même degré, lors du décès du dernier mâle, partagent le fidéicommis, & la substitution finit sur leur tête.

Fernand atteste sur ce point la Jurisprudence du Parlement de Toulouse, *si enim* (dit cet Auteur) *idem ordo inter filios præscriptus esset, eadem quoque devolutio cessantibus masculis esset facienda inter eas, hoc edictum successorium per privatos sic constitui posse didici..... Fernand, observat. in part.* 8, *n.* 4, 5 & 7, *ad caput unic. filiis natis de matrim.*

SECOND CAS. Si cette substitution est déférée par proximité de degré, c'est celle qui se trouve la plus proche du testateur lors de l'échéance du fidéicommis qui doit le recueillir.

Dans les substitutions graduelles & perpétuelles auxquelles les

plus proches de la parenté sont appellés en défaut de ceux qui ont été nommés, c'est le plus proche du testateur qui doit recueillir le fidéicommis, c'est la Jurisprudence du Parlement de Toulouse. *Maynard, liv. 5, chap. 52. Larroche, lettre T, Arrêt 12, & Graverol.*

TOULOUSE.

Les Auteurs sont très-partagés sur cette question (*a*), les uns prétendent que les plus proches de l'héritier grevé doivent être préférés, & ils fondent leur opinion sur ce que l'on ne doit pas présumer que le testateur se soit éloigné dans ses dispositions de l'ordre des successions *ab intestat*, qu'autant que portent les termes dont il s'est servi, c'est-à-dire que lorsque le testateur n'a pas compris quelque cas dans ses dispositions, son intention a été de les laisser aux termes de ce qui est prescrit par la Loi.

Les autres croient au contraire que c'est au plus proche du testateur qu'appartient le fidéicommis, & cette opinion nous paroît devoir être adoptée, parce que le fidéicommissaire, en quelque degré qu'il se trouve, reçoit les biens compris en la substitution comme s'ils partoient de la propre personne du testateur (*b*), qui est censé avoir eu une prédilection plus particuliere pour ses proches que pour ceux de l'héritier grevé; au lieu qu'il pourroit arriver dans l'opinion contraire, que le fidéicommis seroit ouvert en faveur d'une personne que le testateur n'auroit jamais voulu favoriser, ce qui est contraire aux principes.

Notre opinion est fondée sur la Loi *omnia* 32, *ff. de legat.* 2°. §. *in fideicommisso*, qui décide que dans les fidéicommis faits en faveur de la famille, ceux qui se trouvent nommés par le testateur sont reçus à demander l'ouverture de la substitution, & à leur défaut ceux qui portent le même nom lors du décès du testateur, & ses descendans au premier degré; d'où l'on peut conclure aisément que ceux qui se trouvent les plus proches du testateur lors de son décès doivent recueillir le fidéicommis, & par conséquent ceux qui se trouvent les plus proches lorsque le fidéicommis leur est échu par la mort de l'héritier grevé, ou du dernier fidéicommissaire nommé par le testament.

Cette Loi sert de fondement à l'Arrêt rapporté par Maynard,

(*a*) Soffin le jeune en son conseil 126, liv. 1. Corasinus, *consil.* 4, *posi* n. 31. Julius-Clarus, §. *testamentum*, *vers. sed hic occurrit.* Ricard, tom. 2 des substit. fidéicom. pag. 373.

(*b*) *Leg. unum ex famil.* §. 10, *ff. de legat.* 2°.

TOULOUSE.

par Larroche & Graverol, qui assure que, *in dubio*, le fidéicommis doit appartenir au plus proche du testateur à l'exclusion de ceux de l'héritier, excepté au cas d'une substitution pupillaire; en appliquant ces principes à la question prise dans le second sens, c'est l'ainée de la branche ainée qui doit recueillir le fidéicommis, si elle se trouve la plus proche du testateur, lorsque le droit lui est échu en défaut des mâles, & au contraire la plus proche du dernier possesseur des biens, si elle se trouve aussi la plus proche du testateur. Signés, le *Président Daspe*, *Comere* de *Labastide*, *Pegueyroles*, *Bastard*, de *Catellan-Lamasquere*, *Azemar*, *Cassand*, *Aymar*, *Caussade*, de *Celés*, *Parasa*, *Daspe* de *Meillan*, & *Le Masuyer*, Procureur Général.

PARIS.
M. le Procureur Général.

QUOIQU'UN des Rédacteurs ait proposé une question préliminaire pour fixer le caractere des substitutions masculines, & que peut-être il fût avantageux de former sur cela une décision, la difficulté de le faire (sur-tout les Cours n'ayant pas été consultées sur cette question) a fait croire qu'on pourroit se dispenser de l'examiner, & qu'il falloit se réduire à la question proposée; elle paroît supposer, dans les termes dans lesquels elle est conçue, une substitution indivisible qui doit parvenir à une seule personne; ainsi on croit devoir écarter tout ce que quelques Cours ont observé pour les cas où la substitution pourroit être partagée entre plusieurs filles. Ce qu'on peut observer en général, c'est que les auteurs des substitutions peuvent employer tant de sortes d'expressions, qu'il ne paroît pas possible de les prévoir toutes; qu'on ne peut trop s'attacher aux termes de l'acte pour pénétrer l'esprit de celui qui la forme; que c'est la volonté qui doit conduire le Juge, quand la décision est soumise à son Jugement; que c'est cette volonté qui doit porter à décider, ou en faveur de la proximité du testateur, ou en faveur de la proximité du dernier grevé; que ce n'est donc que lorsque les termes de l'acte ne peuvent faire connoître l'intention du substituant que la question doit être décidée par une Loi.

En ce cas il a paru difficile de douter que ce ne fût la proximité du dernier grevé qui ne dût emporter la balance, nonseulement parce que le testateur qui ne s'est pas suffisamment expliqué, semble avoir voulu suivre l'ordre de succession *ab intestat*, mais parce que le principe ordinaire & reçu par-tout, est qu'on ne fait point sortir la substitution de laligne où elle se trouve pour la transférer à une autreligne, s'il n'y a une volonté expresse

de celui qui fait la substitution ; c'est ce qui auroit pu porter à décider la question générale de la préférence même des mâles plus prochains ou du testateur ou du grevé, que Ricard a si solidement traité, si elle avoit été proposée ; mais on a cru devoir se borner à la question telle qu'elle a été envoyée dans les Parlemens.

PARIS.

L'avis de la proximité du grevé a été aussi embrassé par le plus grand nombre des Cours. Le Parlement de Grenoble le décide ainsi pour les filles du dernier décédé, & c'est bien avancer la décision pour la plus proche en collatérale. Les Parlemens d'Aix, de Pau, d'Alsace, de Besançon & de Flandres, se déterminent en général pour la plus proche du dernier possesseur. Les moyens du Parlement de Dijon, qui se détermine à l'avis contraire, paroissent plus subtils que solides. Le principal est de dire que celui qui est appellé à la substitution tient son droit du substituant ; mais autre chose est le titre qu'il tient de lui, autre chose est le moyen d'y parvenir qu'il tient du dernier grevé.

La distinction du Parlement de Toulouse entre les substitutions déférées par ordre de primogéniture ou de ligne, & celles déférées à la proximité, ne fait rien à la question proposée qui suppose qu'il n'y a rien dans l'acte de substitution qui puisse faire connoître la volonté du substituant ; mais on ne pourroit se rendre à ce qu'il décide dans le second cas, que la proximité du testateur doit l'emporter sur la proximité du grevé, parce que *non fit transitus ad aliam donec superest aliquid de linea.* L'Arrêt de ce Parlement du 4 Septembre 1685 ne paroît avoir aucun rapport à la question, & celui du 23 Mars 1587 paroît avoir décidé en faveur de la proximité du grevé.

On ne peut aussi opposer ni la Loi 32, §. dernier *de legat.* 1°. qui est dans le cas d'une substitution vulgaire, & non d'une substitution ouverte à la mort même du testateur, ni la Loi 67, §. dernier *de leg.* 2°. qui n'a pas la moindre application ; il a donc semblé qu'on ne pouvoit décider qu'en faveur de la fille la plus proche du dernier possesseur. Cette derniere décision paroît être conforme à l'esprit des différens Arrêts du Parlement qui ont été rapportés par les Rédacteurs : c'est aussi l'esprit des Arrêtés de M. le premier Président de Lamoignon ; c'est enfin l'avis de ceux de nos Auteurs qui ont traité plus expressément la question, tels que Fusarius & Ricard.

On n'a pas même cru devoir distinguer le cas de la fille collaté-

PARIS.

rale du dernier possesseur de celui de la fille descendue de lui. On a bien senti qu'il pouvoit y avoir quelque différence ; on pourroit même d'abord faire quelque attention à la distinction du Parlement de Toulouse, entre les substitutions graduelles déférées à la ligne, & celles déférées à la proximité du degré ; & si on entroit dans cette distinction, il faudroit dans le premier cas retourner à la fille ainée de la branche ainée du testateur, conformément à l'avis du Parlement de Toulouse ; mais on ne seroit pas de son avis dans le second cas, ou il voudroit qu'on préférât le plus proche du testateur ; en effet, toutes les raisons ci-dessus semblent devoir faire décider en faveur de la plus proche du grevé.

Mais on avoue que, même dans le premier cas, on se porteroit à donner toujours la préférence à la proximité du dernier possesseur. La distinction du Parlement de Toulouse seroit d'un trop grand embarras, elle entraîneroit de trop grandes difficultés, & sur-tout l'inconvénient de faire sortir la substitution de la ligne où elle se trouve. On a donc cru devoir se déterminer en tout à l'avis de Ricard & des arrêtés de M. le Président de Lamoignon.

Ainsi on a estimé que dans les substitutions auxquelles les filles sont appellées en général au défaut de mâles, c'étoit la plus proche du dernier possesseur des biens substitués qui devoit recueillir la substitution au préjudice de l'ainée de la branche ainée, encore qu'elle fût la plus proche de l'auteur de la substitution.

TRENTE-DEUXIEME QUESTION.

Si pour prévenir cette difficulté & les autres qui se présentent très-souvent à l'occasion des substitutions, où les filles & leurs descendans sont appellés, il ne conviendroit pas mieux de restreindre les substitutions aux seuls mâles descendans par mâles. Et supposé qu'on le décidât ainsi, si l'on prendroit le tempérament de borner l'effet de la substitution à la premiere fille qui se trouveroit dans l'ordre de vocation marqué par le donateur ou testateur, ensorte qu'elle seule pût recueillir, en vertu de la substitution, les biens substitués qui deviendroient libres en sa personne?

A I X.

SI l'expédient de ne renfermer les substitutions qu'aux mâles est trop rigoureux, il ôteroit la liberté indéfinie que les Loix ont accordé aux testateurs & aux donateurs; mais pour éviter les inconvéniens que l'on craint pouvoir arriver de la vocation des filles, il suffiroit, ce semble, de déclarer que les filles, ainsi appellées par une disposition collective, seroient présumées être celles qui lors de l'échéance du fidéicommis seroient les plus proches en parenté du dernier possesseur du fidéicommis, & que dans le cas de la vocation d'une seule ce seroit l'ainée qui recueilliroit.

M. LE BRET, premier Président.

L'AFFIRMATIVE de cette proposition paroît excellente, puisque l'idée la plus sage qu'un faiseur de substitutions puisse avoir, est de conserver son bien à ceux qui portent son nom, & alors l'on pourroit déclarer les biens substitués libres en la personne de la premiere fille qui se trouveroit dans l'ordre de vocation marqué par le testateur.

M. DECORMIS, Avocat.

IL sembleroit mieux de restreindre les substitutions aux seuls mâles descendans des mâles, & supposé qu'on le décidât ainsi, il sembleroit mieux de borner l'effet de la substitution à la premiere fille qui se trouveroit dans l'ordre de vocation marqué par le donateur ou le testateur sans autre suite.

BESANÇON. *Vide* sur la question trente-unieme.

BORDEAUX. La proposition faite sur cette question ne peut compatir avec l'esprit général du Pays du Droit Ecrit, qui est de procurer, autant qu'il est possible, l'exécution de la volonté des mourans; & quoique l'idée de perpétuer ses biens sur la tête de ses descendans mâles soit la plus commune parmi les hommes, il ne paroît pas convenable d'exclure les filles des fidéicommis graduels & perpétuels. Signés, *Gillet* de *Lacase*, *Le Berthon*, *d'Albessard*, *Bigot*, *Jegun*, *Le Moncreau*, *Loyal*, *Dudon*, *Du Viguier* & de *La Tresne*.

COLMAR. Restreindre les substitutions aux seuls mâles descendans mâles, ou borner leur effet à la premiere fille marquée dans l'ordre de vocation, ce seroit gêner les hommes dans leur disposition, ou renverser celles qu'ils auroient faites & que nous regardons comme sacrées. Un testateur doit avoir pleine & entiere liberté de faire efficacement ce que sa prévoyance lui suggere de faire souvent par de bonnes & justes raisons; & lui ôter cette liberté, ce seroit à notre avis admettre un remede pire que le mal auquel on propose de remédier; ainsi nous estimons qu'on ne doit prendre aucun des deux partis proposés dans la présente question. Signés, de *Corbeson*, *Holdt*, *Muller* & *Mulle*.

DIJON. En ce ressort où il a été déja observé que les prérogatives de l'ainesse n'ont pas lieu de plein droit, la difficulté qui vient d'être discutée par rapport aux fidéicommis collectifs est égale, & la même à l'égard des mâles & des femelles, par la même raison il s'y présente aussi moins d'autres difficultés à ce sujet.

Quoiqu'il en soit, on estime qu'on peut, & qu'il est plus convenable de prévenir ces difficultés pour tous pays, en fixant les maximes générales sur lesquelles elles doivent être décidées.

Dès-lors il ne restera plus de motifs qui imposent la triste nécessité de priver les filles & leurs descendans pour le tout ou en partie du bénéfice de substitution, les uns & les autres en ont joui depuis l'introduction du fidéicommis. Comment leur vocation pourroit-elle être interdite ou restreinte, lorsque celle de l'étranger même est actuellement permise indistinctement? Pourquoi un testateur qui n'auroit que des filles ne pourroit-il pas remplir en leur faveur les vues ordinaires des substitutions? La conservation

des familles illuſtres n'eſt pas le ſeul objet des fidéicommis ; ils doivent pourvoir auſſi au ſoutien des familles médiocres, prévenir les diſſipations en tous états, fournir en un mot aux mourans la ſatisfaction de donner des marques de leur affection à qui ils le jugent à propos. La liberté forme le premier & le dernier bien des hommes ; c'eſt celui ſur-tout le plus précieux de la nation, qui en a même tiré ſa dénomination primitive & actuelle. Signés, de *Birbiſey*, *Bouhier*, *Lantin*, *Thiery*, *Normand*, *Quarré* & *Genreau*. DIJON.

NOUS croyons qu'en ſuivant l'opinion expliquée ſur l'article précédent, toutes les difficultés qui ſe préſentent à l'occaſion des ſubſtitutions, où leurs filles & leurs deſcendans ſont appellés viennent à ceſſer, & qu'ainſi il n'y a nulle raiſon à reſtreindre les ſubſtitutions aux mâles deſcendans des mâles, & qu'il faut laiſſer, à ceux qui font des ſubſtitutions, la même liberté qu'ils ont eu juſqu'à préſent d'appeller les filles ſucceſſivement & dans l'ordre qu'ils jugent à propos. Signés, *Pollinchonc*, *Pinault* de *Banneaux*, *Douche* de *Beaulieu*, *Viſant* de *Ponange*, de *Burges*, *Biſſehop*, *Curpin*, de *Calonne*, *J. Vaymel*, *Duparq* & *Vermineau*. FLANDRES.

LE changement de la Juriſprudence ſur cette queſtion ſeroit ſujet à des inconvéniens en Dauphiné, & il ſemble qu'il ſeroit à propos de laiſſer ſubſiſter les choſes en l'état qu'elles ſont ; les ſubſtitutions ne ſe font pas toujours pour le nom, mais par l'affection qu'on peut avoir pour les filles, & ſur-tout à défaut de mâles. Signés, de *Grammont*, premier Préſident, *Marnay*, *Beauvais*, *Garnier*, *Leuſſe* des *Coſtes* & *Dalmas*. GRENOBLE.

COMME les ſubſtitutions dépendent de la ſeule volonté du teſtateur, nous eſtimons qu'il ne convient pas de la reſtreindre en faveur des mâles à l'excluſion des filles. Signés, de *Montholon*, *J. Pierre*, de *Lange*, *Bertrand*, *Muzac*, *Le Goulon* de *Champel*, *Bonneau* & *Lançon*. METZ.

IL ſembleroit convenable pour prévenir les difficultés qui ſe préſentent à l'occaſion des ſubſtitutions, où les filles & leurs deſcendans ſont appellés, de borner l'effet de la ſubſtitution à la premiere fille qui ſe trouveroit dans l'ordre de vocation marqué par le donateur ou le teſtateur, ſans toutefois que l'on pût prétendre PAU.

PAU.

qu'un pere ou une mere qui n'auroient que des filles ne pussent les grever de substitution en faveur des mâles descendans desdites filles, & de la premiere fille en cas de défaillance des mâles. La seule raison de prévenir les difficultés qui se présentent si souvent à l'occasion des substitutions auxquelles les filles sont appellées suffit, ce semble, indépendamment de toute autre considération pour faire cette Loi nouvelle, à laquelle il ne paroît pas qu'il y ait aucun inconvénient comparable à la multiplicité des procès qui peuvent naître de ces sortes de substitutions. Signés, de *Gaubert*, *Casaux*, *Mignon*, *Deodat*, *Desclaux*, *Mesplés*, *Bordenave*, *Dejean*, *Lesan*, *Bonnecase*, *Casenave* & de *Caseaux*.

M. DE GAUBERT, premier President.

LES filles passent dans des maisons & familles étrangeres. Le nom de leur maison se perdant & se noyant pour ainsi dire dans celles où elles sont établies en mariage, les biens qu'elles y portent peuvent bien aussi s'y mêler & s'y confondre; les substitutions ne paroissant point d'ailleurs favorables sur la tête des filles, il paroîtroit dans cette idée plus simple & plus court, pour prévenir d'ailleurs nombre de difficultés & de procès, de restreindre les substitutions aux seuls mâles descendans par mâles; & en prenant ce parti, le tempérament proposé dans la question seroit raisonnable, qui est de borner l'effet de la substitution à la premiere fille dans l'ordre de vocation ou par le donateur substituant, laquelle seule pourroit recueillir, en vertu de la substitution, les biens substitués, lesquels néanmoins deviendroient libres sur sa tête.

Nous pensons qu'il paroît convenable, pour prévenir les procès qu'entraînent les substitutions, d'en borner l'effet à la premiere fille qui se trouveroit dans l'ordre de vocation marqué par le testateur ou donateur; le nom de la fille se perdant dans un mariage, elle entreroit à la faveur des biens substitués dans quelque maison illustre avec l'agrément de pouvoir disposer de ses biens quoique substitués, ce qui la rendroit par-là un plus grand parti, sans toutefois que dans cette décision l'on pût prétendre qu'un pere, une mere, ayant les biens libres & qui n'auront que des filles, ne puissent les priver de substitution en faveur des mâles descendans desdites filles, & de la premiere fille par le défaut des mâles; la seule raison de prévenir des difficultés suffit de reste, indépendamment de toute autre considération, pour établir cette Loi nouvelle, qui, en restreignant les substitutions, préviendra une infinité de procès toujours ruineux pour les sujets du Roi.

TOULOUSE.

La volonté des teſtateurs eſt la regle principale que l'on ſuit dans les diſpoſitions teſtamentaires, plus puiſſante que la Loi même (*a*), elle doit faire tout l'objet de nos recherches, & nous devons être plus portés à la favoriſer qu'à la reſtreindre : quelques difficultés qui ſe préſentent donc à l'occaſion des ſubſtitutions où les filles & leurs deſcendans ſont appellés, il ne conviendroit pas de reſtreindre les ſubſtitutions aux ſeuls mâles deſcendans par mâles, on doit ſuivre ce qui eſt marqué dans le teſtament. Ce ſont-là les principes dont le Parlement de Toulouſe ne s'eſt jamais écarté en jugeant ces ſortes de queſtions ; ainſi la ſubſtitution ne doit point être bornée à la premiere fille qui ſe trouveroit dans l'ordre de vocation marqué par le donateur ou le teſtateur. Signés, le *Préſident Daſpe*, *Comere* de *Labaſtide*, *Pegueyroles*, *Baſtard*, de *Catellan-Lamaſquere*, *Azemar*, *Caſſand*, *Aymar*, *Cauſſade*, de *Celés*, *Paraſa*, *Daſpe* de *Meilhan*, & *Le Maſuyer*, Procureur Gén.

PARIS.
M. le Procureur Général.

Si on excepte le Parlement de Pau & Mr. Le Bret, toutes les Cours paroiſſent contraires à la propoſition : peut-être que ce n'eſt que le préjugé de l'uſage & faute d'avoir approfondi la queſtion. Eſt-ce en effet une diſpoſition bien ſenſée que de former une ſubſtitution qui, regardant les filles, n'a plus ſon objet originaire de conſerver les biens dans la famille & dans le nom de celui qui ſubſtitue ? Si on faiſoit d'ailleurs attention à toutes les difficultés que les vocations des filles aux ſubſtitutions peuvent faire naître, on ſe porteroit bientôt ou à les exclure en entier, ou à faire conſommer la ſubſtitution à la premiere fille qui ſe trouveroit dans l'ordre de vocation, à peu près comme l'Edit de 1711 le décide pour les Pairies femelles.

Cependant l'oppoſition formelle de toutes les Cours a paru un trop grand obſtacle ; une voie plus ſimple pour éviter les difficultés qui naiſſent de la vocation des filles, ce ſeroit de borner partout les ſubſtitutions à deux degrés.

La propoſition de MM. du Parlement de Beſançon paroît, au reſte, n'avoir rien que de ſolide & de conforme même à la regle, toute ſubſtitution en faveur des mâles en général ne peut s'appliquer qu'aux mâles deſcendus par mâles, & rien ne paroîtroit s'oppoſer à la décider par une Loi conformément aux vues des arrêtés de Mr. le premier Préſident de Lamoignon. Mais

(*a*) *L. 1, cod. de ſacroſ. eccleſ. Uti quiſque legaſſit rei ſuæ ita jus eſto ſuæ.*

PARIS.

comme la question n'a pas été proposée & qu'elle paroît tellement de droit, qu'il seroit difficile de décider autrement si la question se présentoit, on a estimé qu'il n'y auroit pas lieu de faire une nouvelle Loi sur ce sujet.

TRENTE-TROISIEME QUESTION.

Si le fidéicommissaire universel est saisi de plein droit des biens compris dans le fidéicommis, ou si le fidéicommis soit universel, soit particulier, est sujet à délivrance ?

AIX.

LA Jurisprudence constante de ce Parlement est que l'appellé à un fidéicommis universel n'a d'autre action que la personnelle contre l'héritier (*a*), ou l'héritier de celui-ci pour demander l'ouverture du fidéicommis échu, soit pur & simple, soit conditionnel après l'événement de la condition, & l'action hypothécaire sur les biens soumis à restitution, & qu'il ne peut enfin exercer l'action en revendication contre le tiers-acquéreur que le fidéicommis n'aie auparavant été épuré, ne pouvant prétendre être saisi de plein droit en vertu de la regle le mort saisit le vif, regle qui n'est exactement applicable qu'en faveur de l'héritier *ab intestat*.

Les motifs de cette Jurisprudence sont puisés dans les pures maximes du Droit Romain (*b*); car d'un côté, par les Loix Romaines, l'héritier doit être maintenu en la possession des biens dont celui à qui il succede auroit été saisi, & d'autre part la délivrance d'un fidéicommis universel devant être précédée d'une

(*a*) Boniface, tom. 2 de la premiere compil. liv. 2, tit. 2, chap. 14. Arrêt rendu en la cause de Madame de Simiane.

(*b*) *Leg. 3, cod. de edicto divi Adriani tollendo. L. 63, ff. ad S. C. trebell.* Or par cette derniere Loi il paroît que le Jurisconsulte suppose que la restitution doit être faite, & qu'ainsi la demande en restitution doit précéder la mise de possession.

Il est vrai que suivant la Novelle premiere, le fidéicommissaire est appellé héritier; & qu'ainsi il semble que cette qualité lui ait été déférée par la Loi; il doit jouir des mêmes avantages que les héritiers, dont le principal est d'être mis en possession des biens; mais les détractions sont toujours un obstacle à cette mise de possession.

composition susceptible de diverses détractions, il ne seroit pas juste de dépouiller le grevé ni son héritier, & encore moins les tiers-possesseurs de ces mêmes biens dans le temps que ces détractions épuisent bien souvent le fidéicommis, & que le grevé de rendre par droit de retention doit bien souvent être diffinitivement maintenu en la possession d'iceux, ou du moins de la plus grande partie, les premieres aliénations que le grevé fait des biens sujets à restitution devant être appliqués aux détractions.

AIX.

Mais comme ces mêmes motifs cessent le plus souvent à l'égard d'un fidéicommis particulier d'un fief ou d'un fonds (*a*), dans ce cas l'on croiroit que la délivrance pourroit en être ordonnée *de plano*; ainsi l'on fait des legs qui sont en tout comparés aux fidéicommis.

IL n'y a que l'héritier qui soit saisi de plein droit des biens de la succession, le fidéicommissaire doit recevoir *à manu heredis*.

M. LE BRIT.

LE fidéicommissaire universel ne semble pas saisi de plein droit des biens du fidéicommis, il les doit avoir *à manu heredis*, il n'y a que le premier héritier qui soit saisi de plein droit, en vertu de la regle *le mort saisit le vif*.

M. DE CORMIS, Avocat.

C'EST une maxime constante parmi nous, puisée dans les premiers principes du Droit & dans la signification même du terme du fidéicommis, que le fidéicommis soit universel, soit particulier, est sujet à délivrance. Signés, *Gillet* de *Lacase*, *Le Berthon*, *d'Albessard*, *Bigot*, *Jegun*, *Le Moncreau*, *Loyal*, *Dudon*, *Du Vigier* & de *La Tresne*.

BORDEAUX.

SUIVANT la Jurisprudence observée au Parlement de Besançon (*b*), on n'adjuge les fruits au fidéicommissaire que du jour de la demande ou depuis l'acceptation, cela est conforme à la disposition de la *Loi* 18, *ff. ad S. C. trebell. in fideicommissariæ hereditatis restitutione constat non venire fructus, nisi ex quo mora facta est, aut cum quis specialiter fuerit rogatus & fructus restituere.*

BESANÇON.

Rien de plus clair que cette Loi, & l'on trouve dans *Lapeyrere*,

(*a*) *Leg.* 1, *de communia de legat. & fideicom.*

(*b*) Bellonus, savant Professeur de l'Université de Dole, a prouvé fort au long, consult. 42, que la maxime *le mort saisit le vif*, portée par la coutume de Bourgogne, n'a pas lieu au fidéicommis universel.

BESANÇON.

édition de 1725, aux additions qui sont à la fin, page 8, un Arrêt du Parlement de Bordeaux du 18 Août de la même année qui a décidé la même chose. Cette Jurisprudence est remplie d'équité: des enfans trouvent dans la succession de leur pere une terre considérable, ils ne savent pas qu'elle est substituée, ils jouissent pendant plusieurs années de cette terre sans que le fidéicommissaire ait paru, seroit-il juste en ce cas de les obliger au rapport des fruits? C'est au fidéicommissaire à agir, & lorsqu'il ne le fait pas, il doit s'en imputer la faute.

Ainsi les Commissaires estiment que sans distinction du fidéicommis universel ou du fidéicommis particulier, l'un & l'autre sont sujets à délivrance, & que les fruits & revenus n'en sont dus que depuis la demande en Justice, s'il n'y avoit du dol de l'héritier qui ait supprimé le testament portant substitution ou fidéicommis particulier. Fait & arrêté le 29 Août 1730. Signés, *Boisot*, *Espiard*, *Tinseau*, *Dorol* & *Boquet* de *Courbouson*.

COLMAR.

La seule dénomination de la chose décide la question. Faire une substitution fidéicommissaire, c'est *fidei heredis committere ut restituat hereditatem fideicommissario*. Donc cette nécessité de restituer marque qu'il faut que le fidéicommissaire reçoive des mains de l'héritier ce qui fait l'objet du fidéicommis, & que par conséquent il ne peut être saisi de plein droit, qu'au contraire les biens substitués sont sujets à délivrance, ce qui est conforme aux principes du droit. Signés, de *Corbeson*, *Holdt*, *Muller* & *Mulle*.

DIJON.

Les Commissaires estiment que le fidéicommis universel ou particulier ne saisit point, & qu'il est sujet à délivrance suivant les Loix Romaines.

En effet, la regle *le mort saisit le vif*, est de pur droit coutumier & Français (*a*), nonseulement elle ne tire point sa source du Droit Romain, mais elle est contraire à ses principes qui exigent une addition expresse d'hérédité, & n'admettent point de possession sans appréhension réelle & de fait.

Les résolutions données sur les questions 11 & 26 ci-dessus, assurent encore la vérité de ce principe qu'elles présupposent nécessairement.

(*a*) *Leg.* 13, §. 4. *Leg.* 23. *Leg.* 30, §. 5, *ff. de acquir. vel amit. hered.*

Enfin

Enfin le titre *ad S. C. trebell. ff.* contient plusieurs textes (*a*), qui rendent précisément sujets à délivrance les fidéicommis même universels.

DIJON.

On ne sait point d'Arrêts de ce Parlement qui ayent jugé la question pour le pays du Droit écrit de son ressort. Plusieurs Arrêts l'ont décidé pour le pays coutumier ; mais ces Arrêts sont relatifs à la disposition particuliere de la coutume de cette Province, qui déclare l'héritier même testamentaire saisi. Les anciens Arrêts n'accordent point cette saisine à l'héritier substitué, ce qui semble avoir été changé pour les pays soumis à la coutume par les derniers Arrêts, suivant un certificat donné à la Grand'Chambre le 21 Mai 1671, & un Arrêt intervenu après partage en 1722, entre les Sieurs de Lacroix & de Cronemboury. Les Commissaires estiment que nonobstant ces derniers Arrêts, il seroit à propos de rendre le fidéicommis sujet à délivrance pour le pays du Duché de Bourgogne soumis à la coutume, comme pour celui régi par le Droit écrit. Signés de *Birbisey*, de *La Marre*, *Bouhier*, *Lantin*, *J. David*, *Mairelet*, de *Minot*, *Basin*, *Normand*, *Quarré* & *Genreau*.

Tit. des Successions, art. 4.

PAR le Droit Romain la restitution du fidéicommis semble être nécessaire suivant les termes du Senatus-Consulte Trebell. & par la regle coutumiere, *le mort saisit le vif*, qui a lieu dans toutes les Provinces de notre ressort ; c'est l'héritier *ab intestat* qui est saisi, & non l'héritier testamentaire ou fidéicommissaire ; c'est pour quoi nous croyons que le fidéicommissaire universel n'est pas saisi de plein droit des biens compris dans le fidéicommis, & que le fidéicommis, soit universel, soit particulier, est sujet à la délivrance. Signés, *Pollinchon*, *Pinault* de *Banneaux*, *Douche* de *Beaulieu*, *Visant* de *Ponange*, *Curpin*, de *Burges*, *Bisshop*, *Decalonne*, & *Fraymel*, *Duparq*.

FLANDRES.

LE fidéicommis, soit universel, soit particulier, est sujet à délivrance ; & il y a un Senatus-Consulte dudit Parlement de Grenoble, du 27 Novembre 1620, qui a décidé que le fidéicommissaire ne peut être mis en possession qu'au cas que le possesseur du fidéicommis fût en demeure de fournir ses distractions. Signés, de *Grammont*, *Marnay*, *Beauvais*, *Garnier*, *Leusse-des-Costes*, & *Dalmas*.

GRENOBLE.

(*a*) *Leg.* 37 & 63, *hoc tit.*

METZ.

LE fidéicommis, soit universel, soit particulier, est sujet à délivrance. Il n'y a que l'héritier légitime & *ab intestat* qui jouisse du bénéfice de la regle *le mort saisit le vif*. Signés, de *Montholon*, *Pierre* de *Lange*, *Bertrand*, *Muzac*, *Le Goulon*, de *Champel*, *Bonneau* & *Lançon*.

PAU.

IL est certain parmi nous que le fidéicommissaire universel n'est pas saisi de plein droit, & que le fidéicommis, soit universel, soit particulier, est sujet à la délivrance. C'est l'héritier testamentaire, ou à défaut de testament l'héritier du sang, qui sont saisis de plein droit, & nous croyons qu'il est convenable de le décider ainsi dans la loi nouvelle, parce que par le droit commun tous les biens sont censés libres. La substitution est une exception qu'il faut faire juger & liquider avec l'héritier qui doit ensuite faire la délivrance. Signés, de *Gaubert*, *Casault*, *Mignon*, *Dedoat*, *Desclaux*, *Mesplés*, *Bordenave*, *Dejean*, *Lesans*, *Bonnecase*, *Casenave*, & de *Casault*.

M. DE GAUBERT, premier Président.

CETTE question est des plus controversées. Plusieurs Docteurs, entraînés par la regle du Droit coutumier *le mort saisit le vif*, estiment que les fidéicommissaires sont saisis de plein droit des biens sujets à la restitution en leur faveur, ayant le droit de se mettre en possession sans être obligés à demander la délivrance. *Benedicti*, *cap. Raynutius*. *Rebuffe*, sur la préface des Ordonnances Royaux, tient la même opinion. Mornac, *ff. de fideic. & Cod. de fideic. hered. pet.*, soutient aussi qu'ayant consulté les Avocats les plus expérimentés, ils ont pensé sans nul doute, que le fidéicommissaire est saisi de plein droit : *confirmarunt mihi peritiores fori nostri Parisiensis quibus opinionum istud dissidium proposui reperiique aliunde Senatus-Consulta varia quæ perpetuo ita judicari commostrant.*

L'opinion contraire, que le fidéicommissaire n'est point saisi de droit, est solidement soutenue par Tiraqueau, par Boërius, décision 156, Papon, *liv.* 20, *tit.* 3, *n°.* 20 *& suiv.* Il soutient que le substitué ne peut pas se dire possesseur ; qu'il doit se pourvoir contre l'héritier de celui qui étoit chargé de rendre le fidéicommis pour la délivrance, & rapporte une Consultation des Avocats du plus grand nom.

Papon ajoute, que depuis il a été jugé qu'en ligne directe, les substitués se peuvent pourvoir possessoirement, & en ligne

collatérale, il faut agir pétitoirement, & poursuivre l'héritier de celui qui est chargé de restitution de s'acquitter du fidéicommis. *Marie Ricard, des Substitutions directes & fidéicommissaires, tr.* 3, *chap.* 16, *n°.* 155, ... dit qu'examinant la question dans les principes, il est certain que le fidéicommissaire n'a nul droit de se mettre directement en possession des choses sujettes à restitution, ni d'exercer l'action possessoire, réservée aux seuls héritiers *ab intestat* de l'héritier institué qui en sont saisis contre lui, & que pour retirer de leurs mains les biens sujets au fidéicommis, le fidéicommissaire n'a que l'action ordinaire en délivrance.

La raison solide que Ricard en donne, est que l'action possessoire n'appartient qu'à ceux qui ont été dépouillés de la possession qu'ils avoient auparavant l'usurpation, ou à ceux qui représentent tellement le défunt, que la Loi par une fiction de justice présume continuer en leur personne la possession qu'avoit le défunt, *continuatur dominium*, fiction introduite en faveur des héritiers *ab intestat* seulement. Mais à l'égard de tous autres, comme héritiers par testament, légataires universels ou particuliers, il n'est pas même au pouvoir du testateur de faire qu'ils puissent être saisis de plein droit sans demander la délivrance; c'est un privilege déféré par la coutume, par une solide regle qui passe par le droit commun aux héritiers, qui ne peut leur être ôtée par la volonté des hommes, & quoique le testateur ait disposé de tous les biens, qu'il n'ait rien laissé aux héritiers légitimes & *ab intestat*, ils ne laissent point d'être saisis de tous les biens qu'il a laissés par son décès, & ceux au profit desquels il a disposé sont tenus de leur en demander la délivrance; maxime sûre, puisque l'héritier *ab intestat* est saisi de tout; à plus forte raison, l'héritier de l'héritier grevé doit être contre le fidéicommissaire, lequel, comme l'héritier testamentaire, doit venir par l'action ordinaire.

Mr. Louet, lettre *S*, somm. 9, rapporte un Arrêt du Parlement de Paris, du 15 Décembre 1586, qui paroît en quelque façon contraire, qui a jugé & maintenu les substitués dans la possession qu'ils avoient prise de leur propre autorité des biens contenus au fidéicommis; ayant été vérifié que lesdits biens y étoient compris, l'on a laissé en possession les substitués, qui n'exclut point qu'ils n'eussent dû demander la délivrance du fidéicommis.

Benedictus prétend que le fidéicommissaire est saisi de droit,

PAU.

pour éviter, dit-il, un circuit inutile. *Fernandus*, fameux Régent du Droit à Toulouse, *qui eam consuetudinem franciæ, mortuus* saisit *vivum, asserit fideicommissario universali prodesse, quod procul dubio in praxi quotidie servari video.*

M. Maynard, *liv.* 5, *chap.* 10 & 52, atteste pour la Jurisprudence de Toulouse, que les substitués peuvent nonseulement vendiquer, mais même se dire saisis & intenter la complainte possessoire.

MM. Laroche & Graverol, *liv.* 3, *chap.* 5, *art.* 1. Autrefois quand le substitué étoit des descendans du testateur, il étoit saisi de plein droit, les distractions se faisoient même entre ses mains & étoit mis en possession lors du décès de l'héritier grevé; mais quand le substitué étoit un étranger, il n'étoit point saisi, & la liquidation & les distractions se faisoient sur la tête des héritiers de l'héritier grevé.

M. de Catellan, *tom.* 1, *liv.* 2, *chap.* 63, met pour maxime, que les détractions sur les fidéicommis doivent être faites entre les mains de l'héritier du grevé, ce qui suppose que le substitué n'est point saisi.

Ferriere, sur Guy Pape, quest. 596, *quod fideicommissarius etiam extraneus dicere potest, se saisitum in vim consuetudinis*, le mort saisit le vif. *Si substitutio aperta ac declarata sit in favorem substituti.*

Basset, pour le Parlement de Grenoble, rapporte un Arrêt du 31 Juillet 1662, qui a jugé que les fruits ne doivent être rendus par les héritiers de l'héritier grevé que depuis la demande, & non depuis le décès de l'héritier grevé, ce qui suppose que le fidéicommissaire n'étoit point saisi ni investi de droit.

L'Auteur des Additions des Œuvres de M. Ricard, tom. 2, pag. 528, de l'édition de 1701, que nonobstant ce qu'ont écrit les Auteurs du Parlement de Toulouse, il lui est tombé en main une Consultation de cinq des plus fameux Avocats de cette ville, du 14 Juin 1659, qui attestent que la maniere inviolable de juger dans leur Province, est que les fruits ne sont adjugés au substitué que depuis l'instance. Arrêt du Parlement de Toulouse, du 4 Mars 1760, qui a jugé la même chose, ce qui préjuge que le substitué n'étoit point saisi de plein droit; car dans ce cas les fruits lui avoient été adjugés depuis l'ouverture de la substitution.

Lapeyrere, pour le Parlement de Bordeaux, lettre *S*, n°. 207, la substitution précaire ne saisit point, & c'est au substitué de se

pourvoir par action simple en ouverture de substitution contre l'héritier de l'héritier grevé, le cas de l'ouverture arrivant. Il rapporte un Arrêt du 5 Août 1695 qui jugea la question, & Lapeyrere ajoute que la question est juridique, tant en ligne directe qu'en collatérale.

PAU.

Il est certain que la regle *le mort saisit le vif*, n'a lieu que pour les substitutions *ab intestat*, & non pour les testamentaires & fidéicommissaires, quoique l'hérédité passe en la personne & main du successeur, sans le ministere de la tradition actuelle; il en est autrement en matiere de substitution. Celui qui est appellé doit demander l'ouverture & se faire maintenir en la possession des biens avant que de pouvoir en prendre les fruits, qui ne peuvent lui être adjugés que du jour de la demande. Décision fondée sur la Loi *mulier* 22, §. *si heres*, *ff. ad S. C. Trebell. quia fructus percepti, negligentiâ petentis percepti videntur & ideò non restituentur.* La Loi *is qui* 26, *ff. de legat.* 3°., décide aussi que celui qui est chargé de rendre le fidéicommis, n'est tenu que de la restitution des fruits qu'il a perçu depuis qu'il a été constitué en demeure, *is qui fideicommissum debet post moram, non tantum fructus sed etiam omne damnum præstare cogitur.* Dictâ Lege is qui 26.

Nous estimons par toutes ces raisons & autorités, que le fidéicommissaire universel n'est point saisi de plein droit des biens compris dans le fidéicommis, & que le fidéicommis, soit universel, soit particulier, est sujet à délivrance, qu'il faut demander aux héritiers de l'héritier grevé, se trouvant en possession des biens.

TOULOUSE.

Le fidéicommissaire universel est saisi de plein droit des biens compris dans le fidéicommis; c'est la Jurisprudence du Parlement de Toulouse. (*a*)

Suivant la maxime *le mort saisit le vif*, que le Parlement de

(*a*) *Benedicti ad cap. Raynut. in verb. si absque liber. mor. in tract. fideic. Substit. n.* 50, *in fine & n.* 85, *idem in verbo mort. itaque testatore, n.* 74.

Fernand arbor. cons. 1. *n.* 3. §. *nihil commune præf.* 3, *n.* 27, *ff. de acquir. possess.*

Ferriere, sur Guy Pape, quest. 396.

Mornac sur la Loi 30, *ff. ex quib. causis, &c.* Maynard, liv. 5, ch. 10, n. 6, ch. 52, n. 12. Larroche, art. 1. des Subst.

TOULOUSE.

Toulouse a étendu aux dispositions testamentaires, toutes les solemnités prescrites par le Droit ancien ont été abolies; les fidéicommissaires peuvent se faire pourvoir possessoirement & sans qu'il soit besoin d'aucune adition ni restitution, actuelle, verbale, ou réelle, le fidéicommis a passé de plein droit au fidéicommissaire dès l'événement de la condition, soit qu'il se trouve en ligne directe ou collatérale, soit enfin qu'il soit étranger à la famille du testateur; c'est-à-dire, que dès que le fidéicommis est échu, le droit est échu au fidéicommissaire; & c'est pour cela que dès-lors le tiers-acquéreur commence à prescrire contre lui; (*a*) mais pour parvenir à la possession des biens qu'il ne sauroit prendre de son autorité, il est obligé de faire ouvrir la substitution avec l'héritier de l'héritier grevé, débiteurs, tiers-acquéreurs & détenteurs des biens, & les fruits ne lui sont dus que du jour de la demande, (*b*) parce que l'héritier grevé a un titre pour jouir, & doit être regardé comme possesseur de bonne foi.

Le fidéicommissaire universel est donc saisi de plein droit des biens compris au fidéicommis, qui par conséquent n'est pas sujet à délivrance. Telle est la Jurisprudence du Parlement de Toulouse.

Il n'en est pas de même du fidéicommis particulier, qui est justement comparé au legs, & par conséquent le fidéicommissaire particulier doit en demander la délivrance, tout comme le feroit le légataire à l'égard de la chose léguée. Signés, le Président *Daspe*, *Comere* de *Labastide*, *Pegueyroles*, *Bastard*, de *Catellan-Lamasquere*, *Azemar*, *Cassand*, *Aymar*, *Caussade*, de *Celés*, *Parasa*, *Daspe* de *Meilhan*, & *Le Masuyer*, Procureur Général.

PARIS.

TOUTES les Cours, si on en excepte le Parlement de Toulouse, paroissent être d'avis que le fidéicommis, même universel, est sujet à délivrance; en effet, sans entrer dans aucune dissertation, ni dans aucune disposition des Loix, il est certain que si l'on peut dire que le droit passe directement du substituant au substitué, on peut dire qu'il y passe par le canal d'un tiers; ce tiers est celui qui est mort grévé de substitution. Le substituant

(*a*) Maynard, liv. 7, ch. 63, & liv. 8, ch. 35. Larroche, liv. 6, ch. 72. Dolive, liv. 4, ch. 17. Catellan, liv. 7, ch. 4.

(*b*) *Leg.* 18 *ad. Trebell.*

Legatum est donatio quædam à defuncto relicta, ab herede præstanda, Leg. 2, *Cod. com. de Legat.*

ſouvent mort depuis long-temps, ne peut tranſmettre la ſaiſine au ſubſtitué ; le dernier poſſeſſeur tranſmet ſes biens à ſon héritier, & non au ſubſtitué. Quel inconvénient n'y auroit-il pas, ſi on autoriſoit le ſubſtitué de ſe mettre en poſſeſſion ſans demande ? Peut-on évincer un héritier *ab inteſtat* ſans une action en Juſtice, encore moins le tiers-détenteur ? Souffrira-t-on un ſubſtitué ſe mettre en poſſeſſion en vertu d'une ſubſtitution qu'on peut conteſter, ſoit dans ſa ſubſtance, ſoit dans ſa forme, ſoit par le défaut de publication, ſoit par le temps de ſa durée ? N'y a-t-il pas preſque toujours une liquidation à faire des biens libres & des biens ſubſtitués ? Toutes les autorités, tous les Arrêts, doivent céder à ces motifs ; la plus grande partie des Arrêts contraires ſont dans le cas d'une poſſeſſion commencée par un fidéicommiſſaire, & que l'équité lui a fait confirmer, parce que ſon droit a été jugé évident.

Il eſt vrai de dire même que la Juriſprudence du Parlement de Toulouſe étant limitée, en ce qu'elle ne permet pas au fidéicommiſſaire de s'en mettre en poſſeſſion de ſa propre autorité, en ce qu'il ne gagne les fruits que du jour de la demande ; c'eſt préciſément dire qu'il n'eſt pas ſaiſi de droit, & qu'il a beſoin d'une demande.

Ainſi ſans entrer dans la diſtinction de l'héritier *ab inteſtat* & du tiers-détenteur du ſubſtitué, héritier naturel du décédé, ou du ſubſtitué non héritier, de l'héritier enfin en directe ou en collatérale, il a paru néceſſaire de décider en général que la délivrance eſt néceſſaire ; cela ne peut préjudicier au droit du grevé qui ſe trouveroit ſeul héritier, puiſqu'il confondroit l'action en ſa perſonne, & n'auroit pas beſoin par conſéquent d'une demande en délivrance.

On a donc eſtimé que le fidéicommiſſaire, même univerſel, n'étoit pas ſaiſi de plein droit des biens compris dans le fidéicommis, lequel étoit ſujet à délivrance.

TRENTE QUATRIEME QUESTION.

A qui doit appartenir la jouissance provisoire de l'hérédité, en attendant la distinction des biens libres & substitués, & la liquidation des détractions, soit que le fidéicommissaire soit un des descendans, ou un collatéral, ou un étranger?

AIX.

SUIVANT la Jurisprudence de ce Parlement, on ne fait aucune distinction entre le fidéicommissaire descendant du fondateur du fidéicommis, & le collatéral ou l'étranger, où l'on fait subir à tous le même sort; c'est-à-dire, que l'héritier grevé & l'héritier de celui-ci, demeure toujours en possession des biens pendant la liquidation du fidéicommis & des détractions, & cela avec d'autant plus de raison, qu'en ligne directe, il y a bien souvent de plus grandes détractions à prélever, comme sont les légitimes & quarte trebellianique; mais par principe d'équité on adjuge quelquefois les provisions à l'héritier fidéicommissaire: comme aussi dans le cas auquel l'héritier chargé de rendre a accepté l'hérédité par inventaire, & qu'il tergiverse, on pourvoit d'un curateur *ad bona* pendant la durée de l'instance bénéficiaire, & le curateur *ad bona* a la régie & la possession de tous les biens.

Arrêt de Réglement du 16 Novembre 1678.

M. LE BRET.

DE la réponse à la question trente-troisieme il suit, que la jouissance provisoire pendant la liquidation du fidéicommis appartient à l'héritier, nonseulement quand il se trouve être l'un des descendans, ou l'un des collatéraux, mais même quand il seroit étranger; il n'est pourtant pas sans exemple, que le Juge ait accordé au fidéicommissaire la jouissance d'une partie des biens substitués; mais les circonstances particulieres, l'importance notoirement connue du fidéicommis, la tergiversation, &c. sont les motifs de ces exceptions à la regle générale.

M. DECORMIS, Avocat.

LA jouissance provisoire de l'hérédité pendant la liquidation du fidéicommis appartient à l'héritier, soit qu'il soit un collatéral, ou un étranger, ou l'un des descendans: le Juge quelquefois, selon

selon les circonstances de l'affaire, & de l'importance du fidéicommis, accorde au fidéicommissaire la jouissance d'une partie.

PAU.

SOIT que le fidéicommissaire soit un des descendans ou un collatéral, ou un étranger, on ne dépouille point l'héritier grevé ou son héritier, de la jouissance provisoire de l'hérédité, jusqu'à ce que la distinction des biens libres & substitués, & la liquidation des détractions ait été faite. C'est une Jurisprudence certaine au Parlement de Bordeaux, & dont on ne se départ que quand les chicanes & les suites de l'héritier grevé y peuvent forcer les Juges, conformément à ce que prescrit l'Ordonnance pour le délaissement des héritages ordonné par Arrêt. Signés, *Gillet* de *Lacase*, *Le Berthon*, *d'Albessard*, *Bigot*, *Jegun*, *Le Moncreau*, *Loyal*, *Dudon*, *du Vigier* & *de La Tresne*.

BORDEAUX.

LA Jurisprudence du Parlement de Besançon est que pendant les Procédures qui se font pour les distractions, imputations & exécutions des Jugemens d'ouverture de substitution, les héritiers possesseurs doivent rester en possession, sauf à rendre les fruits depuis la demande, si le cas y échet, & accorder des provisions au substitué, s'il y a de l'affectation dans la conduite de l'héritier; la cause de l'héritier en ce cas est la plus favorable, puisqu'il jouit du fidéicommis en premier ordre, & que le testateur lui a donné cette marque de prédilection; d'ailleurs l'héritier étant saisi par la coutume, & le fidéicommis étant sujet à délivrance, il est raisonnable que pendant les discussions qui résultent de la disposition il demande en jouissance. (*a*)

BESANÇON.

Ainsi les Commissaires estiment, que la jouissance provisoire de l'hérédité doit appartenir à l'héritier, en attendant la distinction des biens libres. Le substitué a la liquidation des distractions, soit que le fidéicommissaire soit un des descendans, un collatéral, ou un étranger, sauf la restitution des fruits depuis la demande, s'il y échet, & à être accordé des provisions au substitué contre l'héritier, si l'on remarque de l'affectation de sa part.

Les Commissaires estiment encore, que l'on pourroit abroger la Trebellianique, sauf à l'égard des enfans du premier degré,

(*a*) Catellan, liv. 2, chap. 63, remarque 1.

BESANÇON.

tant pour donner plus d'effet au fidéicommis, que pour prévenir les difficultés qui naissent journellement de la liquidation de cette quarte, que parce que la plupart des testateurs la prohibent déja ; cette abrogation ne paroît pas souffrir le moindre inconvénient, d'autant plus que cette détraction de quarte n'a pas lieu en pays coutumier, & qu'en pays de droit écrit on ne la pratique pas, lorsqu'il s'agit du fidéicommis contractuel. Fait & arrêté le 29 Août 1730. Signés, *Boisot*, *Espiard*, *Tinseau*, *Dorol*, & *Boquet* de *Courbouson*.

COLMAR.

La décision de cette question suit naturellement de la résolution de la précédente. Dès-là que les biens substitués sont sujets à délivrance, il est de la derniere évidence que l'héritier contre lequel on demande cette délivrance doit jouir provisoirement, & c'est sur quoi nous ne faisons nulle différence entre le descendant, le collatéral ou l'étranger.

La même Jurisprudence se pratique par la même raison parmi nous, pour nos Fiefs d'Allemagne, dont nous adjugeons toujours la provision à l'héritier, pendant que l'on travaille à la séparation & distinction de ce qui est féodal. Signés, de *Corbeson*, *Holdt*, *Muller* & *Mulle*.

DIJON.

Le fidéicommissaire n'étant point saisi, semble, par une suite naturelle, devoir être privé de cette jouissance provisoire, qu'il soit descendant, collatéral ou étranger.

La distinction de ces qualités à cet égard n'étant fondée sur aucune loi, ni sur aucune raison pressante, ne paroît pas devoir être faite.

Il y a d'autant plus lieu à laisser la jouissance provisoire aux représentans le dernier possesseur des biens fidéicommissés, qu'ils sont en droit de retenir en essence sur ces biens le montant des distractions. Néanmoins il semble en même temps nécessaire de laisser à l'arbitrage du Juge d'en décider autrement dans le cas des deux exceptions marquées à ce sujet par les Loix.

Le premier cas est celui d'une morosité affectée de la part de ces représentans, *sive per contumaciam abfueritis*, *cui restitutio imposita est*.

L'autre cas est lorsque la succession du dernier possesseur est vacante ou abandonnée *sive morte preventus nullo relicto. Successore fuerit ipso jure utiles actiones transferantur. Leg. penult. Cod.*

ad S. C. Trebell. Signés, *Birbisey*, de *La Marre*, *Bouhier*, *Lantin*, *David*, *Mayrelet*, de *Minot*, *Bazin*, *Normand*, *Quarré* & *Genreau.*

DIJON.

NOUS croyons que la jouissance provisoire de l'hérédité en attendant la distinction des biens libres & substitués, & la liquidation des détractions, soit que le fidéicommissaire soit un des descendans, ou un collatéral, ou un étranger, doit appartenir à l'héritier légitime, & ce par les raisons qui ont servi de fondement à la réponse sur la question précédente. Signés, *Pollinchon*, *Pinault* de *Bannaux*, *Douche* de *Beaulieu*, *Visant* de *Ponange*, *Curpin*, de *Burges*, *Bissehop*, *Vaymel*, *Duparq.*

FLANDRES.

SELON le Senatus Consulte que l'on a rapporté, la jouissance provisoire de l'hérédité appartient au dernier possesseur ou à ses héritiers, en attendant la distinction des biens libres & substitués, & la liquidation des détractions, soit que le fidéicommissaire soit un descendant ou un collatéral, ou un étranger, à moins que le dernier possesseur ou ses héritiers ne soient en demeure de fournir l'état des détractions après l'interpellation de la part du fidéicommissaire. Signés, de *Grammont*, premier Président, *Marnay*, *Beauvais*, *Garnier*, *Leusse* des *Costes* & *Dalmas.*

GRENOBLE.

COMME toutes les actions contre une succession doivent être dirigées contre l'héritier, nous estimons qu'en attendant la distinction des biens libres & substitués, & la liquidation des détractions, la jouissance provisoire doit appartenir à l'héritier, soit que le fidéicommissaire soit un descendant, collatéral ou étranger. Signés, de *Montholon*, *J. Pierre*, de *Lange*, *Bertrand*, *Muzac*, *Le Goulon* de *Champel*, *Lançon* & *Bonneau.*

METZ.

PARMI nous c'est à l'héritier testamentaire ou à son défaut à l'héritier du sang qu'appartient la jouissance provisoire de l'hérédité, soit que le fidéicommissaire soit un des descendans, ou un collatéral, ou un étranger. Quand même l'héritier testamentaire seroit un étranger, l'héritier soit testamentaire soit du sang, est néanmoins tenu à la restitution en faveur du fidéicommissaire depuis la demande qui lui est faite. Nous croyons qu'il en doit être de même dans la Loi nouvelle par les mêmes raisons allé-

PAU.

BESANÇON.

guées sur la question précédente. Signés, de *Gaubert*, *Casaux*, *Mignon*, *Dedoat*, *Desclaux*, *Mesplés*, *Bordenave*, *Dejean*, *Lesans*, *Bonnecase*, *Casenave* & de *Casault*.

M. DE GAUBERT, premier Président.

M. Catellan, *tom.* 1, *liv.* 2, *ch.* 63, dit que la derniere Jurisprudence du Parlement de Toulouse est que le substitué n'est point mis en possession, que les détractions doivent être faites sur la tête de l'héritier du grevé, à moins qu'on ne voie de la part de ces héritiers des suites, des incidens & des chicanes.

Autrefois on distinguoit aux Parlemens de Toulouse & de Grenoble, entre la ligne directe & la collatérale. En directe les substitués étoient saisis de plein droit, & l'on faisoit par conséquent les détractions sur leurs têtes, & en collatérale les détractions se faisoient en main de l'héritier de l'héritier du grevé. *Papon dans ses Arrêts*, *liv.* 20, *tit.* 3, *art.* 24; *Larroche*, *liv.* 3, *tit.* 5, *art.* 1; *Expilly en ses Arrêts*, *ch.* 105; *Ferriere sur Guy Pape*, *q.* 496, *tamen si fideicommissum esset relictum in favorem liberorum substitutus, qui est de liberis, debet saisiri, & si quâ sunt detractiones faciendæ ab herede gravato, maxime si sit extraneus debet suas petere detractiones contra fideicommissarium saisitum.*

M. Catellan atteste qu'à présent, au Parlement de Toulouse, l'on a abandonné cette distinction de la ligne directe & collatérale, que les substitués, même en ligne directe, n'entrent point en possession que les détractions ne soient faites. *Graverol* sur M. Larroche, liv. 3, tit. 6, art. 1, cite un Arrêt conforme rendu au mois de Juin 1674.

Au Parlement de Bordeaux l'on a perpétuellement jugé sans distinction que les substitués n'étant point saisis, les détractions doivent être faites sur la tête des héritiers de l'héritier grevé. Boerius, décis. 156. *Papon*, *liv.* 20, *tit.* 3, *art.* 21; *Lapeyrere*, *lett. S*, *n.* 207: on le juge de même au Sénat de Chambery. Faber, *Cod. ad S. C. Trebell. defin.* 20, *& v. prius enim ut ex fideicommisso detrahatur id quod restituendum non est, quam ut ad fideicommissi restitutionem veniatur.*

Ferriere sur Guy Pape ajoute, que si la liquidation & les détractions ne peuvent être faites de long-temps, le fidéicommissaire peut demander en Justice, que tous les biens soient mis en ferme, & que par provision chacun jouisse pour sa quotité, sauf à se faire raison exactement.

Par la Jurisprudence de notre Parlement de Navarre nous lais-

PAU.

ſons la poſſeſſion proviſoire à l'héritier, *ſecundum Tabulas*, contre l'héritier légitime & du ſang, devant ſe pourvoir pour faire la liquidation & les détractions.

Nous eſtimons que les héritiers de l'héritier grevé doivent avoir la jouiſſance proviſoire de l'hérédité, & que la diſtinction des biens libres & ſubſtitués, enſemble les détractions, doivent être faites ſur leurs têtes dans tous les cas que le fidéicommiſſaire ſoit un des deſcendans, un collatéral ou un étranger.

TOULOUSE.

On n'a jamais douté dans ce Parlement, dans l'eſpece propoſée, que la diſtinction des biens libres & ſubſtitués, de même que la liquidation des détractions, ne dût être faite ſur la tête de l'héritier, & que celui-ci ne dût avoir la jouiſſance proviſoire de la ſucceſſion dans le cas où le fidéicommiſſaire eſt collatéral ou étranger à l'auteur de la ſubſtitution (*a*).

Mais la queſtion a ſouffert quelque difficulté, ſi le ſubſtitué ou le fidéicommiſſaire eſt un des deſcendans, & l'on a autrefois penſé, que dans ce cas (*b*) la liquidation des détractions doit être faite non entre les mains de l'héritier ou du poſſeſſeur des biens, mais ſur la tête du fidéicommiſſaire deſcendant.

Aujourd'hui dans ce Parlement la Juriſprudence n'eſt point équivoque (*c*), & ſans uſer d'aucune diſtinction, la liquidation & les détractions ſe font toujours ſur la tête du poſſeſſeur ou de l'héritier qui eſt chargé du fidéicommis, bien que le ſubſtitué ſoit deſcendant, collatéral ou étranger à l'auteur de la ſubſtitution.

Nous exceptons un cas de cette regle générale, qui eſt celui où l'héritier abuſeroit du droit de faire les détractions, & qui ſous ce prétexte, & dans l'objet de ſe maintenir dans une longue poſſeſſion feroit naître des incidens (*d*), alors la jouiſſance proviſoire eſt accordée au ſubſtitué, ſinon pour le total du moins pour une partie des biens de la ſubſtitution. Ce moyen a été néceſſaire pour prévenir la mauvaiſe foi de l'héritier, & pour s'oppoſer au progrès de ſon uſurpation. Signés, le *Préſident Daſpe*, *Comere* de *Labaſtide*, *Pegueyroles*, *Baſtard*, de *Catellan-Lamaſquere*, *Azemar*, *Caſſand*, *Aymar*, *Cauſſade*, de *Celés*, *Paraſa*, *Daſpe* de *Meillan* & *Le Maſuyer*, Procureur Général.

(*a*) Barri, q. 156.
(*b*) Ferriere, ſur la queſt. 496 de Guy Pape.
(*c*) Catellan, liv. 2, ch. 63.
(*d*) Catellan, *ibid.*

PARIS. M. le Procureur Général.

LA décision de cette question a paru être une suite de la précédente ; il ne peut en effet y avoir de doute suivant les principes, & il n'y a point de partage de sentimens, qui sont tous en faveur de l'héritier du grevé.

On a cru même que le cas de l'absence de l'héritier, ou de la vacance de l'hérédité ne devoit former aucune exception, la liquidation pouvant se faire par défaut ou avec un curateur.

L'inconvénient des chicanes de l'héritier est celui qui naît dans tous les Procès, dans lesquels un demandeur veut évincer un possesseur illégitime ; & le remede est entre les mains des Juges par la voie des provisions, ou en ordonnant que le substitué soit mis par provision en possession du total ou d'une partie des biens substitués.

La proposition du Parlement de Besançon, d'abolir la quarte Trebellianique, pourroit être très-avantageuse ou du moins le tempéramment d'un des rédacteurs de l'abolir, à moins que le testateur n'en eût ordonné autrement par son testament. La proposition que fait le même rédacteur d'abolir la falcidie, conformément aux Arrêtés de M. le Premier Président de Lamoignon, est encore un projet qui pourroit être avantageux, mais on n'a pas cru devoir traiter ni l'une ni l'autre de ces questions, les Cours n'ayant pas été consultées. Ainsi on s'est borné à proposer de décider sur la question présente, que la jouissance provisoire de l'hérédité en attendant la distinction des biens libres & des biens substitués, & la liquidation des détractions appartient de droit à l'héritier du dernier possesseur, soit que le fidéicommissaire soit un descendant ou un collatéral, ou un étranger, sauf aux Juges à en ordonner autrement en connoissance de cause.

TRENTE-CINQUIEME QUESTION.

S'IL est dû des droits de reliefs lorsqu'un Fief substitué passe d'un collatéral à un collatéral, quoique ce collatéral soit en ligne directe avec l'auteur de la substitution.

AIX.

NOUS ne reconnoissons en cette Province aucun droit de relief & rachat, & cela dans aucun cas ; nous ne reconnoissons même pas autres divers droits que les coutumes ont

introduit pour raison des fiefs, & au lieu du droit de quint nous avons les droits des lods & ventes pour raison des fiefs, ainsi que pour les censives, droit dont la quotité est inégale suivant les usages particuliers observés dans les différentes Sénéchaussées & Vigueries de la Province; ainsi cette question est hors de notre usage, & il n'est point dû en ce cas de droit de lods. AIX.

EN Provence le droit de relief est dû au Seigneur lorsque le fief passe de collatéral à collatéral, & il seroit dû pour un fief qui passeroit par le moyen d'une substitution d'un collatéral à un collatéral, quoique celui-ci descendît en ligne directe de l'auteur de la substitution, n'y ayant que les fiefs qui passent par succession ou substitution en ligne directe qui soient exemps de relief. M. LE BRET, premier Président.

EN Provence le droit de relief n'a pas lieu pour succession ou substitution, & passant de collatéral à collatéral il auroit lieu, quoique ce collatéral fût en ligne directe de l'auteur de la substitution, parce que ce n'est pas par la personne ou par descendance que le fief passe à ses descendans, mais bien par collatéral à collatéral. M. DECORMIS, Avocat.

NOUS ne connoissons point au Parlement de Bordeaux le droit de relief, & on ajoute qu'en fait de dispositions testamentaires, il n'est jamais dû des droits Seigneuriaux, soit en directe, soit en collatérale. Signés, *Gillet* de *Lacase*, *Le Berthon*, *d'Albessard*, *Bigot*, *Jegun*, *Le Moncreau*, *Loyal*, *Dudon*, *Du Vigier* & de *La Tresne*. BORDEAUX.

ON peut rapporter sur cette question les usages de la Franche-Comté, où l'on ne connoît point le droit de relief, & où les fiefs sont de danger & non pas de profit; mais après avoir examiné les Auteurs qui ont traité la question proposée dans cet article, les Commissaires estiment, que l'on doit déclarer qu'il n'est pas dû des droits de relief en cas de mutation tant que le fidéicommis est dans la ligne directe de l'auteur des substitutions, nonobstant qu'il passe à des collatéraux directement; la faveur des descendans d'une même ligne doit les exempter du paiement des droits qui se payent en matiere de mutation. C'est l'avis d'Ausanet sur l'art. 26 de la coutume de Paris, qui dit que pour le fief échu à un vassal par le décès d'un ascendant ou descendant, il n'est rien dû au Seigneur. BESANÇON.

BESANÇON.

On convient cependant qu'il y a de grandes raisons, pour dire que dans le cas proposé en cet article le relief est dû, (*a*) car le collatéral qui doit rendre les biens à un collatéral sous condition, a une véritable propriété quoiqu'elle ne soit pas incommutable; nous ne nous étendrons pas ici sur les autres raisons qui sont amplement déduites par *Dumoulin*, *cout. de Paris*, *art.* 33, *olim.* 22, *n.* 86, *& seq. par les Auteurs des notes*, *sur Duplessis*, *cout. de Paris*, *liv.* 4, *des fiefs*, *ch.* 4, *p.* 34, *& par Ferriere*, *cout. de Paris*, *art.* 33.

Les raisons contraires qui nous paroissent plus conformes à l'équité sont rapportées par *Richard des substit.*, *part*, 1, *ch.* 4, *n.* 104, 108, *p.* 265, *& par Henrys*, *tom.* 1, *liv.* 3, *q.* 26; nous nous y rendons d'autant plus volontiers, que nous les trouvons confirmées par deux Arrêts, l'un rendu contre M. le Cardinal de Lion, le 1 Septembre 1640, rapporté par Henrys en l'endroit cité, & l'autre rendu contre M. Le Prince, le 19 Mars 1680, rapporté par Ferriere sur la cout. de Paris, art. 33, Gloss. 2, n. 18, p. 614, derniere édition. Fait & arrêté le 27 Août 1730. Signés, *Boisot*, *Dorol*, *Espiard*, *Tinseau*, & *Boquet* de *Courbouson*.

COLMAR.

PARMI nous les fiefs purs & véritables ne peuvent faire la matiere d'une disposition du vassal, parce qu'ils ne sont point patrimoniaux, la question ne peut concerner que des fiefs impropres, comme en effet le droit des Lombards qui nous régit en cela, suppose bien, dans le chapitre 1. *de feudo non habente propriam naturam feudi*, que tous les fiefs ne sont point égaux.

Mais comme il est décidé aussi en plus d'un endroit, que l'impropriété d'un Fief est de droit étroit, il se doit ramener à la nature des vrais Fiefs, en toutes les choses généralement auxquelles une expresse convention n'a point touché; il est d'une conséquence infaillible, suivant nos mœurs, que les droits de relief ne sont dus dans le cas proposé, que lorsque la question & la condition de l'investiture le porte bien précisément. Signés, de *Corbeson*, *Holdt*, *Muller* & *Mulle*.

DIJON.

LES Commissaires croyent qu'en cette espece les droits de

(*a*) V. les Arrêtés de Mr. de Lamoignon, tit. des droits Seigneuriaux, art. 4, dans Ausanet p. 332, notes sur Duplessis, Ausanet sur l'art. 26.

reliefs

relief ne sont point dus ; résolution qui dépend d'un point fort controversé parmi les interpretes.

Ce point consiste à savoir à quelle personne on doit s'arrêter dans le silence du testateur, pour régler la ligne & le degré des substitués ; si c'est à celle du fondateur du fidéicommis, ou à celle du dernier possesseur des biens fidéicommissés, *an à gravante, vel à gravato.*

Malgré les efforts des interpretes pour autoriser leur opinion à cet égard, il est plus vrai de dire, qu'il n'y a aucune Loi précise sur cette difficulté.

Le principal fondement de Ricard (*a*) & des autres qui ont tenu qu'on devoit s'arrêter à la personne du grevé *à gravato*, est que dans le silence du testateur on doit suivre la disposition de la Loi, qui défere la succession au plus proche du grevé *ab intestat.*

Raison peu touchante, parce que cette Loi n'est sans doute que pour les biens propres du grevé & non pour ceux du fidéicommis.

D'ailleurs les Auteurs de ce sentiment ont été obligés d'y apporter tant de restrictions qu'elles se détruisent, & qu'il n'est pas possible d'en faire une regle générale. Ricard au même lieu, a coté plusieurs de ces limitations. On en trouve jusqu'à vingt-trois dans la question 484 de Fusarius.

Les raisons de l'autre opinion, suivant laquelle on doit au contraire se fixer à la personne de l'auteur de la substitution, paroissent plus nombreuses & plus fortes, *à gravante non à gravato.* C'est au testateur que le substitué succede, non au grevé, quoiqu'il prenne les biens des mains de celui-ci ; aussi il n'en conserve pas moins ces biens, quoiqu'il ne soit point héritier du grevé.

Le droit de ce dernier, sur les mêmes biens, est tellement gêné, qu'il n'a pu valablement les aliéner ni les hypothéquer. Enfin, dans le silence du testateur, la présomption la plus naturelle est de conclure, qu'il a eu en vue sa propre parenté par préférence à celle de ses héritiers substitués.

Aussi cette derniere opinion a-t-elle été adoptée & vivement soutenue par les Auteurs décisionnaires les plus célebres, (*b*)

(*a*) De subst. p. 1., n. 551 & suiv.

(*b*) *Faber Cod. de verb. signific. def. 6, & de err. prag. dec. 55, err. 4. Fachin. lib. 4, cap. 5.* Lapeyrere, lett. S, n. 98.

DIJON.

enfin elle a même été suivie dans l'espece proposée par ceux du sentiment opposé.

En effet, Ricard des substit., part. 1, n. 109, résout précisément qu'il n'y a pas lieu au relief, soit que celui qui recueille le fidéicommis soit de la ligne directe du testateur ou du grevé. Signés, de *Birbisey*, de *La Marre*, *Bouhier*, *Lantin*, *David*, *Marelet*, de *Minot*, *Basin*, *Normand*, *Quarré* & *Genreau*.

FLANDRES.

La question ne peut pas se présenter à juger dans notre ressort : nous n'avons aucune coutume qui fasse distinction pour les droits de relief de la ligne directe d'avec la collatérale, & il est également dû dans les deux cas. A l'égard des coutumes où le droit est dû en collatérale & non en directe, nous croyons que lorsqu'un fief substitué passe à un collatéral, quoique ce collatéral soit en ligne directe avec l'auteur de la substitution, le droit de relief est dû parce qu'un vassal ne peut point, par sa disposition, préjudicier au Seigneur & faire passer le fief d'un collatéral à un autre, sans payer les droits qui lui sont dus par la coutume pour la mutation & succession en collatérale. Signés, *Pollinchon*, *Pinault* de *Banneaux*, *Douche* de *Beaulieu*, *Visant* de *Ponange*, *Curpin*, de *Burges*, *Bissehop*, *Decalonne*, *Fraymel* & *Duparq*.

GRENOBLE.

On ne connoît pas le mot de relief en Dauphiné, & en sa place, c'est le *plaît Seigneurial*, qui, suivant l'usage du Dauphiné, est dû par la mutation du Seigneur ou du possesseur, même au cas de succession directe, comme le démontre M. de Boissieu dans son *Traité du plaît*, *ch.* 1 ; & le plaît est dû par chaque substitué, parce que c'est mutation de possesseur, & que les degrés de substitution se comptent par têtes en Dauphiné, & non par souches, comme en Languedoc. Signés, *Grammont*, Premier Président, *Marnay*, *Beauvais*, *Garnier*, *Leusse des Costes* & *Dalmas*.

METZ.

Il n'est point dû de relief pour le fief substitué qui passe d'un collatéral à un collatéral, lorsque ce collatéral est en ligne directe avec l'auteur de la substitution, parce que c'est à son ascendant qu'il succede, & non à celui qui lui restitue. Signés, de *Montholon*, *Pierre* de *Lange*, *Bertrand*, *Muzac*, *Le Goulon*, de *Champel*, *Lançon* & *Bonneau*.

DANS ce pays il n'eſt dû aucun droit Seigneurial dans le cas des ventes, cela dépend ſuivant la coutume écrite de l'uſage de chaque Paroiſſe ; mais dans les pays où le droit de relief a lieu, nous croyons qu'il n'eſt pas dû dans la queſtion propoſée, parce que n'étant pas dû lors de la mutation en ligne directe, il ſemble qu'il ſuffiſe que le fidéicommiſſaire ſe trouve en directe avec l'auteur de la ſubſtitution, attendu que c'eſt de lui qu'il tient les biens ſubſtitués, & non de celui qui lui reſtitue. Signés, de *Gaubert*, *Caſault*, *Mignon*, *Dedoat*, *Deſclaux*, *Meſplés*, *Bordenave*, *Dejean*, *Leſans*, *Bonnecaſe*, *Caſenave*, & de *Caſaux*.

PAU.

MARIE RICARD, *des ſubſtit. direct. & fideic. tit.* 3, *part.* 1, *n.* 104, *&c.* examine dans quel cas le droit de relief, ou de rachat, eſt dû pour raiſon du fidéicommis. Les coutumes font différence des donations & fidéicommis faits en directe, de ceux qui ſe font aux collatéraux ou aux étrangers. La plupart des coutumes déchargent de toute ſorte de droits en ligne directe, & chargent du droit de relief pour les fiefs en collatérale, lequel droit de relief eſt le revenu d'un an du fief donné au ſubſtitué.

M. DE GAUBERT, premier Président.

De ſorte que pour examiner dans quel cas ce droit de relief eſt dû, il faut obſerver quelle relation & parenté il y a entre le teſtateur ſubſtituant & le fidéicommiſſaire ; s'ils ſont parens en directe ou en collatérale, parce que le ſubſtitué eſt cenſé ſuccéder au teſtateur, & prendre les biens de ſa main, non de l'héritier chargé de rendre.

Ricard met encore pour maxime, que dans le cas auquel le relief eſt dû comme en collatérale, il eſt dû autant de droits différens qu'il y a des degrés dans la ſubſtitution. L'héritier inſtitué le doit de ſon chef, & les fidéicommiſſaires auſſi chacun du leur ; quoiqu'il ne s'agiſſe pas d'un ſeul Acte, il y a néanmoins autant de ſubſtitutions qu'il y a de perſonnes différentes qui y ſont appellées : pour régler les droits Seigneuriaux, on ne regarde point tant l'unité ou la multiplicité des contrats que les mutations des perſonnes pour leſquelles les droits ſont dus ; nul doute que l'inſtitué & les ſubſtitués doivent également, chacun de leur chef, à meſure que la mutation arrive en leurs perſonnes : il conclut de là que lorſqu'un teſtateur ſubſtitue ſon fils à un étranger ou à un collatéral, le fils (lorſqu'il y a ouverture de fidéicommis en ſa faveur) ne doit aucun droit au Seigneur, puiſqu'il ſuccede à ſon pere & non à l'héritier qui lui reſtitue.

PAU.

Il sembleroit sur ce principe, qu'on doit décider le contraire lorsque le testateur institue un collatéral pour héritier, & qu'il substitue le fils de l'héritier institué : l'on peut dire dans ce cas, que non-seulement l'héritier étant collatéral au testateur doit payer le relief, ce qui est sans nul doute, mais aussi que le fidéicommissaire, quoique fils de l'héritier, doit payer le même droit, par cette considération qu'il ne succede point à son pere, mais au testateur qui est collatéral.

Néanmoins Ricard estime que cette question doit être résolue en faveur du substitué par une raison particuliere qui résulte de ce qu'en matiere des droits Seigneuriaux, il est nécessaire, pour que le Seigneur puisse exiger ces droits, que la mutation qui arrive au fief, tant à l'égard de la propriété que de la possession, soit de la qualité de celles qui attribuent ce droit de relief aux Seigneurs, pourvu que le détenteur du fief ait succédé en directe, soit à la propriété ou à la possession ; il doit être exempt de ce droit, ce droit de relief n'étant dû qu'à cause de la mutation parfaite & accomplie qui arrive au fief, laquelle ne se consomme que par le transport actuel de la possession, aussi-bien que de la propriété ; il suit que le vassal en est affranchi lorsqu'il prend l'un ou l'autre de la ligne directe. *Dumoulin* est du même sentiment sur la coutume de Paris, §. 33, *quest.* 1, *n.* 88, *cum hujus modi relevia sunt odiosa, in dubio interpretandum pro immunitate & liberatione.* Quoique le substitué soit présumé tenir la propriété du testateur, il suffit qu'il succede à l'héritier quant à la possession. *Henrys*, *tom.* 1, *liv.* 3, *quest.* 26, rapporte un Arrêt du Parlement de Paris, du 1 Septembre 1640, contre M. le Cardinal de Lion, & Bretonier fait quatre précisions qui paroissent solides.

1°. Que dans l'espece d'une substitution graduelle faite par un pere à ses enfans & descendans, il n'est rien dû, quoique les enfans succédent les uns aux autres, que ce soient des successions collatérales entre les enfans, par cette raison que tous les enfans, les uns après les autres recueillent les biens, en vertu du Testament du pere commun, c'est comme s'ils lui avoient succédé directement, *in rei veritate non sunt plures donationes sed una tantum facta alicui ex descendentibus ex eo*, ce n'est qu'une seule & même disposition.

2°. Si le pere institue ses enfans, qu'il leur substitue un parent collatéral, il sera dû un seul droit de relief par ce parent collatéral, lorsque la succession sera ouverte à son profit.

3°. Si le teſtateur inſtitue un parent collatéral, qu'il ſubſtitue les enfans de ce parent, il ſera dû un droit de relief pour l'inſtitution, & n'en ſera point dû pour la ſubſtitution.

PAU.

4°. Si le teſtateur inſtitue un collatéral, qu'il lui ſubſtitue d'autres parens collatéraux, il ſera dû un droit pour chaque mutation. *Ab utroque debetur relevium.*

Dans la province de Bearn ce droit Seigneurial n'eſt point dû pour les mutations qui ſe font à titre gratuit, comme ſucceſſion, donation & teſtament, ce n'eſt que dans le cas de vente ou échange ſuivant les uſages locaux.

Nous eſtimons que le collatéral ſe rencontrant en ligne directe avec l'auteur de la ſubſtitution, il ne doit point de relief quoiqu'il ſoit collatéral de l'héritier qui lui reſtitue la poſſeſſion du fidéicommis ; car pour avoir ce droit de relief, il faut que la propriété & la poſſeſſion arrivent en collatérale.

TOULOUSE.

Le droit de relief eſt particuliérement connu dans la coutume de Paris, & dans la plupart des autres coutumes, mais il eſt preſque totalement inconnu dans les pays de droit écrit. (*a*)

Cependant le droit de relief eſt en uſage dans quelques lieux du reſſort du Parlement de Toulouſe & ſur la queſtion propoſée ; ce droit de relief n'eſt pas dû ſi la perſonne du fidéicommiſſaire ſe trouve un des deſcendans de l'auteur même de la ſubſtitution, parce que le fidéicommiſſaire eſt cenſé alors prendre le fief de l'auteur même de la ſubſtitution dont il eſt deſcendant (*b*), & que par la loi générale, tout ce que les enfans recoivent des largeſſes de leurs aſcendans n'eſt nullement ſujet aux droits féodaux : enſorte que ſi un teſtateur ſubſtitue ſon fils ou quelque autre de ſes deſcendans à un étranger, ou à un collatéral, le fils ou autre deſcendant ſubſtitué au fief dans le cas de l'ouverture du fidéicommis, (*c*) ne doit aucun droit au Seigneur, puiſqu'il ſuccede à ſon pere & non à ſon héritier.

Cette regle a même ſon extenſion juſques là que ſi le fidéicommiſſaire ſe trouve en ligne directe deſcendant du teſtateur ou de l'héritier, (*d*) il eſt affranchi du droit de relief, puiſque pour

(*a*) Ferriere, en ſa nouvelle pratique in verbo *rachat*, & in verbo *mutation*.

(*b*) Tronçon, ſur l'art. 6 de la coutume de Paris, *in verbo*, au profit des enfans.

(*c*) Ricard, tom. 2, tr. 3, ch. 3, p. 1, n, 106.

(*d*) Henrys, tom. 2, liv. 3. ch. 3, q. 25 & 26. Ricard, *ibid. n.* 18.

TOULOUSE.

donner lieu au droit de relief, en matiere de fidéicommis, il est nécessaire que la mutation arrive ou en faveur d'un étranger ou en ligne collatérale, aussi-bien pour la possession que pour la propriété, *attento quod transeundo de patre in filium non censetur transire in diversam personam* : cette décision, rendue par un des plus savans hommes de son temps, (*a*) & conforme d'ailleurs à toutes les coutumes du Royaume, trouve son application dans le cas proposé.

Car quoique dans cette espece le fief passe plutôt sur la tête d'un héritier collatéral ou étranger avant que de parvenir à celle du descendant substitué, le droit de relief n'en est pas moins anéanti, parce que ce n'est pas de cet héritier que le fidéicommissaire tire son droit principal, mais du testateur lui-même dont il reçoit la propriété, ensorte que le fidéicommissaire succede au testateur & non à l'héritier dont le droit demeure totalement résolu par la restitution qu'il fait du fidéicommis; d'où suit, que ne pouvant être supposé qu'il y ait aucune mutation dans la transmission faite du fief par un ascendant à un descendant, il faut nécessairement conclure, qu'il ne peut être dû dans ce cas aucun droit de relief, puisque le collatéral grevé de la substitution n'avoit sur le fief substitué qu'une simple possession dépouillée de toute propriété. Signés, le Président *Daspe*, *Comere* de *Labastide*, *Pegueyroles*, *Bastard*, de *Catellan-Lamasquere*, *Azemar*, *Cassand*, *Aymar*, *Caussade*, de *Celés*, *Parasa*, *Daspe* de *Meilhan*, & *Le Masuyer*, Procureur Général.

PARIS.
M. le Procureur Général.

CETTE question ne peut avoir lieu dans les Provinces où il n'est point dû des droits de relief, ni dans celles où il est dû, tant en directe qu'en collatérale.

Mais elle peut avoir lieu dans celles où il se paye en collatérale & non en Directe, soit qu'on lui donne le nom de relief, de rachat, ou de plaît Seigneurial, soit qu'il soit dû mi-lods, comme dans quelques Provinces, il semble que ce qui doit décider est le passage actuel de l'effet substitué du dernier possesseur au grevé & non du substituant au grévé.

Ce qui paroît autoriser ce sentiment, c'est que d'un institué ou d'un grevé à un substitué il ne se fait pas seulement un changement de possession, mais un changement de propriété. Les

(*a*) Dumoulin, coutume de Paris, §. 33, Gloss. 1, n. 87 & 88. *Leg. fin. Cod. de imp. & al. substit.* Ricard, *ibid. n.* 100.

grevés ne sont pas de simples usufruitiers, mais des propriétaires chargés de restitution. C'est le changement de propriété qui forme le droit Seigneurial ; c'est le changement immédiat & sans moyen du vassal en directe ou en collatérale qui décide du droit dû ou non dû. Et c'est ce qui a été formellement décidé par l'Arrêt en forme de réglement, rendu en 1727, sur les conclusions de M. d'Aguesseau ; on a donc cru que cette question ne pouvoit pas souffrir de doute, & que par la même raison il ne seroit dû aucun droit dans le cas contraire d'une substitution qui passeroit en directe, quoique le substitué fût en collatérale avec l'auteur de la substitution.

On a proposé plusieurs manieres différentes d'exprimer la décision.

1°. Dans le cas où il est dû droit de relief ou rachats, ou autres droits en collatérale, & non en directe, lorsqu'un fief substitué passe d'un collatéral à un collatéral, le droit est dû, quoique ce collatéral soit en ligne directe avec l'auteur de la substitution, & pareillement il n'est point dû si le fief passe en directe, quoique l'auteur de la substitution soit collatéral de celui qui recueille la substitution.

2°. Les droits Seigneuriaux dus par mutation en directe ou collatérale sont dus ou ne sont pas dus lors de la mutation par voie de substitution, ainsi & de même maniere qu'ils le seroient par toute autre voie.

3°. Le cas où il est dû, & ceux où il n'est point dû de droits Seigneuriaux par mutation, suivant les dispositions des coutumes, doivent être décidés pour les mutations par voie de substitution, ainsi & de même que dans les autres mutations.

4°. En matiere de substitution, les droits de mutation doivent être réglés par la qualité de celui qui recueille la substitution relativement au dernier possesseur.

5°. *Dans les mutations qui arriveront à titre de substitutions, les droits Seigneuriaux se régleront de même que si les mutations étoient arrivées à titre de succession au dernier possesseur.*

6°. Pour décider s'il est dû droit de rachat ou autre de pareille nature pour mutation, par voie de substitution, ou s'il n'en est point dû, on ne doit considérer que la transmission qui se fait du dernier possesseur à celui qui recueille la substitution, sans avoir égard à la personne & qualité de l'auteur de la substitution.

On s'est déterminé à la cinquieme.

TRENTE-SIXIEME QUESTION.

Si le substitué qui se trouve en même temps héritier pur & simple d'un précédent possesseur des biens substitués, peut révoquer les aliénations faites par ce dernier possesseur?

AIX.

LE substitué qui se trouve héritier pur & simple du précédent possesseur des biens substitués, ne peut révoquer les aliénations faites par celui dont il est héritier (*a*); car quoique, suivant le droit, les biens substitués ne puissent être aliénés par les grevés de rendre, cependant comme tout contrat de vente renferme garantie, & que l'héritier succede à toutes les obligations du défunt en révendiquant le fonds aliéné, il deviendroit par là garant de son action, & il doit en être privé par exception.

M. LE BRET, premier Président.

LE Jurisconsulte Paulus, en la loi *Seïa* 73, *ff. de evict.* consent que l'héritier d'une femme revienne de son chef contre une aliénation faite de ses biens dotaux; mais le bon Jurisconsulte fournit en même temps au possesseur des biens aliénés une exception tirée du dol, ou le moyen de faire payer à cet héritier le prix de la chose évincée. Il n'y a point de Procureur qui n'admire une pareille invention pour faire plaider trente ans, sans qu'aucune des parties puissent rien gagner; il en seroit de même si l'on vouloit en l'espece proposée; mais il semble plus court de dire que l'héritier pur & simple du possesseur des biens substitués ne peut revenir contre les aliénations que ce possesseur en auroit faites.

M. DECORMIS, Avocat.

LE substitué, héritier pur & simple d'un précédent possesseur des biens substitués, ne peut révoquer les aliénations faites par ce dernier possesseur. La loi *Seïa* 73, *ff. de evictionib.*, a décidé que le substitue de son chef & de son propre droit, pourroit bien évincer le bien du fidéicommis aliéné par le grevé, mais que le possesseur a le choix de le repousser par exception de dol, comme

(*a*) *Leg.* 73, *ff. de evictionib.* Duperier, liv. 1, quest. 9.

héritier

héritier pur & simple de l'aliénateur, ou bien de s'en faire rendre le prix.

PAU.

L'EFFET de la qualité d'héritier pur & simple est de produire la confusion des biens de l'héritier avec ceux de son auteur, par conséquent point de difficulté que celui qui se trouve en même temps héritier pur & simple d'un précédent possesseur des biens substitués, ne peut pas révoquer les aliénations faites par ce dernier possesseur. Signés, *Gillet* de *Lacase*, *Le Berthon*, *d'Albessard*, *Bigot*, *Jegun*, *Le Moncreau*, *Loyal*, *Dudon*, *Du Vigier* & de *La Tresne*.

BORDEAUX.

L'HÉRITIER, suivant la disposition du droit, étant tenu du fait de celui auquel il succede, il ne peut revenir quoique substitué contre les aliénations faites par son auteur qu'il représente ; on l'a toujours jugé de même au Parlement de Franche-Comté : si la qualité de substitué lui donne une action pour revendiquer les biens aliénés qui dépendent de son fidéicommis, la qualité d'héritier de celui qui a fait l'aliénation, le rend d'autre côté garant de l'éviction qui pourroit survenir ; il se fait en lui une confusion de ces sortes d'actions qui l'empêchent de pouvoir demander ce qu'il seroit obligé de rendre instamment. C'est le cas de la maxime du droit. *Quem de evictione tenet actio eundem agentem repellit exceptio.* C'est aussi le sentiment de *M. Favre*, *defin.* 14, *liv.* 2, *tit.* 4, *fideicommissarius repertus in possessione sine vitio est legitimus contradictor, nisi habeat causam ab actore aut nisi sit hæres purus vel cum beneficio inventarii.*

BESANÇON.

Que s'il est simplement héritier bénéficiaire, il ne peut revendiquer les biens de la substitution aliénée, lorsqu'il reste dans l'hérédité de celui qui les a vendus, des biens dont la valeur égale celle des biens aliénés (*a*), *Leg. cum à matre*, *Cod. de rei vindic.* & *Faber*, *Cod. L.* 8, *tit.* 31, *def.* 3 & 4. L'héritier ne peut revenir contre la vente faite par son auteur, si ce n'est que la nullité de la vente prononcée par la loi soit absolue, & concernant uniquement le droit public. Autre chose est lorsque la nullité est simplement relative, telle qu'est la nullité de la vente d'un bien

(*a*) Duperier, liv. 1er. q. 5 & 9, a parfaitement bien traité la question après M. d'Argentré. Et Le Brun, des succeff. liv. 3, ch. 4, n. 71, p. 440. Fachin, controv. lib. 7, cap. 13. Peregrin. de fideicom. art. 33, n. 1, & seq.

BESANÇON.

substitué défendue par la loi, mais seulement en faveur du substitué; c'est ce que M. d'Argentré a parfaitement bien expliqué, & après lui Duperier, en ses questions, liv. 1er. ch. 9.

Ainsi les Commissaires estiment que le substitué qui se trouve en même temps héritier pur & simple d'un précédent possesseur des biens substitués, ne peut révoquer l'aliénation faite par ce dernier possesseur; mais que s'il en est seulement héritier par bénéfice d'inventaire, il ne peut revendiquer les biens aliénés lorsqu'il reste dans l'hérédité bénéficiaire de quoi remplir la valeur des biens aliénés. Fait & arrêté le 29 Août 1730. Signés, *Boisot*, *Espiard*, *Tinseau*, *Dorol*, & *Boquet* de *Courbouson*.

COLMAR.

Il n'y a gueres de question plus problématique & plus agitée par les Docteurs que celle-ci. Nous laissons tout ce qui a été dit pour & contre, pour nous renfermer dans deux principes qui doivent nous déterminer.

Le premier est, que permettre de révoquer les aliénations, c'est permettre à l'héritier de revenir contre le fait de celui dont il hérite, ce qui est contraire à toutes les regles de droit les plus constantes, & trop triviales pour nous arrêter à les rapporter.

Le second principe est, qu'il ne seroit pas juste que l'héritier trouvant dans la succession de celui qui a fait l'aliénation le prix du bien vendu, fût encore autorisé à revendiquer, sous prétexte de substitution ce même bien, du prix duquel il profiteroit comme héritier. C'est ce qu'explique disertement *Fachineus*, *liv.* 5, *cap.* 19, & cette raison nous paroît péremptoire.

Nous tenons donc en général, que dans le cas proposé les aliénations ne peuvent être révoquées; mais nous apportons à notre sentiment cette restriction, qu'il y aura révocabilité si le fidéicommis contient dans son origine une prohibition expresse d'aliéner, ou si sans cette prohibition il paroît qu'il y ait fraude dans l'aliénation. *Fusarius*, *q.* 557, *n.* 8, 9 & 26. Signés, de *Corbeson*, *Holdt*, *Muller* & *Mulle*.

DIJON.

Le substitué ne peut impugner les aliénations faites par celui dont il est héritier pur & simple, que sur les seuls & mêmes moyens que son auteur pourroit personnellement employer s'il étoit vivant; mais par la confusion qu'opere sa qualité d'héritier pur & simple, il ne peut faire valoir le moyen tiré de ce que l'aliénation a été faite primitivement *à non domino*.

La regle du droit, *quem de evictione tenet actio, eundem agentem repellit exceptio.* La Loi 73, *ff. de evict.* La Loi *cum à matre, Cod. de rei vindic.* y sont formelles.

DIJON.

La Loi 3, *Cod. de fideicom.* est encore plus spéciale sur l'extinction de toutes actions du substitué par adition pure & simple de l'hérédité du grevé. *Si adierint ejus hæreditatem confusis actionibus, fideicommisso sunt liberati.*

S'il est certain que ce qui est fait, *contra legum interdicta* est tellement nul qu'il ne pût produire d'effet, malgré la confusion tirée de la qualité pure & simple d'héritier, il n'est pas moins constant qu'encore que les Loix défendent l'aliénation des biens fidéicommissés, néanmoins leur défense à cet égard n'est point si radicale qu'elle puisse faire retomber dans le vrai cas auquel le principe observé a toujours été restreint.

Ce cas est celui seul, dans lequel l'Acte que veut impugner l'héritier pur & simple, se trouve affecté d'une nullité générale absolue, qui intéresse le public, comme si cet Acte dérogeoit aux Loix publiques qui établissent une police universelle.

Mais il en est autrement lorsque l'Acte n'est affecté que d'une nullité simplement respective, c'est-à-dire, qui n'ait de relation qu'à l'intérêt particulier d'un tiers, lequel peut par conséquent la couvrir & y renoncer.

Il est sensible que l'aliénation des biens fidéicommissés, comme celle des biens du mineur, n'emporte qu'une nullité respective, nullité dès-lors suffisamment & légitimément couverte par l'adition pure & simple de l'hérédité de celui qui a aliéné, d'autant plus qu'il étoit libre & facile d'éviter la confusion nécessaire qui résulte de cette adition en recourant au bénéfice d'inventaire. Signés, *de Birbisey*, de *La Marre*, *Bouhier*, *Lantin*, *David*, *Basin*, *Minot*, *Normand*, *Quarré* & *Genreau.*

FLANDRES.

Nous ne croyons pas que le substitué qui se trouve en même temps héritier pur & simple du précédent possesseur des biens substitués, puisse révoquer les aliénations faites par ce dernier possesseur, parce que s'étant rendu son héritier par l'appréhension de ses biens libres, il doit entretenir ses faits & obligations. Signés, *Pollinchon*, *Pinault* de *Bannaux*, *Douche* de *Beaulieu*, *Visant* de *Ponange*, *Curpin*, de *Burges*, *Bisshop*, de *Calonne*, *Vaymel*, *Duparq.*

GRENOBLE.

Le substitué héritier pur & simple du précédent possesseur des biens substitués, ne peut pas révoquer en Dauphiné les aliénations faites par le dernier possesseur. Signés, de *Grammont*, *Marnay*, *Beauvais*, *Garnier*, *Leusse* des *Costes* & *Dalmas*.

METZ.

Le substitué qui se trouve en même temps héritier pur & simple d'un précédent possesseur du bien substitué, ne peut révoquer les aliénations faites par ce dernier possesseur, parce qu'il seroit tenu de ses faits & promesses en qualité de son héritier. Signés, de *Montholon*, *J. Pierre*, de *Lange*, *Bertrand*, *Muzac*, *Le Goulon* de *Champel*, *Lançon* & *Bonneau*.

PAU.

Il est certain, parmi nous, que le substitué ne peut révoquer les aliénations faites par celui dont il est héritier pur & simple, & nous croyons qu'il en doit être de même dans la Loi nouvelle conformément au droit Romain. *Quem de evictione tenet actio eundem agentem repellit exceptio.*

Nous devons remarquer dans cet endroit, qu'à l'égard des créanciers & des tiers-acquéreurs, nous ne regardons pas dans la Province de Bearn les substitutions avec la même faveur qu'on le fait dans le reste du Royaume : l'usage ancien de cette Province, confirmé par un Réglement des Etats de l'année 1637, étoit que le possesseur des biens substitués pouvoit les hypothéquer & en aliéner des pieces particulieres jusqu'à ce que le substitué lui a fait interdire par la voie de la justice les aliénations & les hypotheques. Cette interdiction équivaloit sans doute à la publication & enrégistrement, laquelle publication & enrégistrement n'étoient pas connus dans ce pays, à cause que ces Ordonnances qui l'exigent n'ont pas été registrées dans ce Parlement, étant antérieures à l'Edit d'union de cette Province à la couronne de France ; mais nous avons registré purement & simplement les Déclarations du Roi des années 1690 & 1712, qui réglent le temps de la publication & enrégistrement des substitutions, & on est incertain si ces Déclarations ne dérogeant pas expressément audit Réglement de l'année 1637, qui fut approuvé par le Commissaire du Roi qui tenoit les Etats, suivant l'usage d'alors, on doit encore exécuter ce Réglement, ou si les substitutions qui seroient publiées & enrégistrées depuis ladite année 1690, auroient leur effet contre les créanciers & les tiers-acquéreurs ; nous ne savons pas

que la question se soit encore présentée. Signés, de *Gaubert*, *Casaux*, *Mignon*, *Dedoat*, *Desclaux*, *Mesplés*, *Bordenave*, *Dejean*, *Lesans*, *Bonnecase*, *Casenave* & de *Casaux*.

PAU.

L'AUTHENTIQUE *res quæ Cod. commun. de legat. & fideicom.* prohibe l'aliénation des biens substitués, §. *res quæ subjacent substitutioni prohibentur alienari vel obligari.* Presque tous les Docteurs conviennent de la maxime que l'héritier pur & simple ne peut point évincer de son chef non-plus que comme héritier ce que le défunt a vendu avec garantie.

M. DE GAUBERT, premier Président.

Mais ils sont partagés sur la question si cette maxime comprend les ventes prohibées par la Loi, qui sont déclarées nulles & de nulle valeur; que le Contrat étant nul, il ne peut rien opérer, l'aliénation étant faite, *contra legum interdicta*; sur quoi les Docteurs distinguent, que lorsque la nullité est absolue, la proposition est véritable. L'héritier peut quereller l'aliénation, mais non lorsqu'elle n'est seulement que *nullitas respectiva*, c'est-à-dire, par relation à certaine chose ou à certaine personne; la nullité absolue est celle qui a pour fin l'intérêt public, l'aliénation des biens de l'Eglise, l'aliénation des esclaves attachés à la culture des terres, dont les Loix Romaines défendent la vente pour l'intérêt public.

L'aliénation qu'on appelle *respectiva aut causata*, est celle qui regarde simplement l'intérêt particulier de certaines personnes, comme l'aliénation des biens des mineurs, des biens dotaux, des biens substitués. Pour la premiere, la Loi en ayant déclaré la nullité absolue, l'héritier la peut vendiquer, le vendeur même pouvant le faire. Un Ecclésiastique peut faire casser la vente faite par son auteur dont il est héritier, ou qu'il auroit lui-même faite du bien de l'Eglise; mais il n'en est point de même de la nullité respective, ayant seulement une cause particuliere pour l'intérêt de quelque particulier, comme l'aliénation du bien du mineur, d'une dot, d'un bien sujet au fidéicommis. Vente véritablement défendue; mais comme cette prohibition n'est que pour l'utilité du mineur, du fidéicommissaire, leur consentement ou approbation la peut faire subsister.

La Loi *filius familias* 114, §. *cum pater*, *ff. de legat.* dit que l'héritier de l'aliénateur du bien qui lui étoit laissé par fidéicommis ne peut quereller cette aliénation, parce qu'en acceptant l'hérédité du vendeur, il a confondu & comme noyé ses droits

PAU. compris dans le fidéicommis, dans ceux de l'hérédité, comme le mineur qui accepte l'hérédité de celui qui a vendu son bien, il ne peut s'en plaindre ayant le remede en main, en répudiant l'hérédité ou l'acceptant après un loyal inventaire.

Dans la rigueur du droit civil, l'héritier peut revendiquer son propre fonds vendu par celui à qui il a succédé; le transport étant nul dans son origine, nul ne pouvant disposer du bien d'autrui, il ne peut devenir bon & valable par l'acceptation que le maître & propriétaire fait de l'hérédité du vendeur; mais la bonne foi de celui qui a vendu une chose qui ne lui appartenoit point, & qui dans les suites en devient le maître, l'ôte & l'évince lui-même à l'acheteur. Les Jurisconsultes préférent l'équité à la rigueur du droit, opposant à l'action du vendeur l'exception du dol, remede introduit pour appuyer l'équité & le droit naturel, *Leg.* 1, *ff. de doli mali exept.*

Les Jurisconsultes ont rejetté l'action du vendeur, qui depuis est devenu le maître de la chose qu'il avoit auparavant aliénée, *Marcellus scribit si alienum fundum vendideris & tuum postea factum petas, hâc exceptione rectè repellendum, dictâ Leg.* 1, §. 1, *ff. de doli mali except.*, ce qui a été étendu à l'héritier du vendeur, parce que comme il représente la personne & succede universellement à ses droits actifs & passifs, cette confusion fait que ces deux personnes ne sont censées qu'une seule, §. sed & si dominus fundi hæres venditoris existat idem erit dicendum. *L.* 1, §. 1, *ff. eod. supra dictis.*

La Loi *Seïa* 73, *ff. de evict.* parlant de l'héritier qui prétend vendiquer un fonds qui lui appartient de son propre chef, & qui a été aliéné par le défunt. *Paulus* répond qu'il peut le vendiquer, non comme héritier mais en son nom. *Jure quidem proprio non hæreditario contreversiam fundorum facere posse.* Mais par sa qualité d'héritier, il sera repoussé par l'exception du dol, §. *exceptione doli mali submoveri posse.* D'où il suit que jamais héritier pur & simple ne peut vendiquer de son propre chef, non-plus que comme héritier ce que le défunt a vendu. *V. Cujas, liv.* 15, *Observat. cap.* 1, *Fachin, controv. liv.* 5, *ch.* 19. *Boerius, decis.* 23, *n.* 18, *hæres petitionem non habeat quam aditio hæreditatis confundit atque perimit.*

D'Argentré, cout. de Bretagne, art. 419, *Gloss.* 3, *n.* 14, dit, *de veteribus Jurisconsultis neminem unquam ut omnes evolvas nec quemquam dubitasse quin filius hæres patris rem à patre venditam*

vindicans cujus hæres esset, exceptione doli repellendus esset, sive suo jure, sive nomine hæreditario vindicaret. Leg. cum à matre Cod. de rei vindic. Les Auteurs en donnent la raison, *quia hæredis personna non alia sit aut alio jure utitur quàm defuncti ideoque ab defuncto actiones in hæredem descendere, quales quantæcumque cum defuncto fuere, nec diversam eorum esse conditionem.*

PAU.

L'héritier par l'adition pure & simple, *adeundo hæreditatem patris voluntatem defuncti filios suo consensu confirmare hæredem videri rata habere omnia quæcumque autore defuncto acta sunt in puncto aditionis.* Par cette adition de l'hérédité, tout est approuvé, tout est confondu. L'héritier ratifie & confirme tout ce qu'a fait & aliéné son auteur, par conséquent il est garant & tenu lui-même de garantir, §. *quem de evictione tenet actio eundem agentem repellit exceptio.*

M. Catellan, tom. 2, *liv.* 5, *ch.* 47, dit que le substitué, s'il est héritier d'ailleurs de l'héritier chargé de rendre qui a fait l'aliénation, ne peut, retenant cette qualité d'héritier, vendiquer les biens substitués aliénés, quoique l'aliénation des biens substitués soit prohibée par les Loix; il met pour maxime générale, que l'héritier du vendeur ne peut vendiquer les choses aliénées, tandis qu'il est héritier, quoique ces choses appartiennent à l'héritier par autre droit & titre qu'il a de son chef, & qui lui est propre suivant les Loix ci-dessus indiquées.

Par notre Réglement de Bearn, le fils ne peut conserver les dots qui sont inaliénables en cette Province, ni les biens avitins qu'on transmet pour les trois quarts aux héritiers légitimes par une espece de fidéicommis légal & coutumier, qu'en répudiant l'hérédité du pere qui a contracté des hypotheques, ou fait des aliénations; nous croyons que le substitué, qui est d'ailleurs héritier pur & simple du précédent possesseur des biens substitués, peut révoquer les aliénations faites par ce dernier possesseur.

TOULOUSE.

Nous avons toujours décidé dans ce Parlement, (*a*) que le substitué qui succede à l'héritier, renonce tacitement au droit qu'il avoit de révoquer les biens du fidéicommis ou des biens substitués, *cum hæres defunctum in solidum representet.* (*b*)

(*a*) Rebuffe, *cons.* 175, *in fine.*
(*b*) *Beer. dec.* 23, *n.* 18, *usq. ad n.* 22.

TOULOUSE.

Telle a été dans tous les temps notre Jurisprudence attestée par nos Auteurs, (*a*) & conforme d'ailleurs à la Jurisprudence des Loix Romaines & à celle de tous les Tribunaux du Royaume: ce principe est fondé sur le droit Romain, qui ne faisant aucune distinction entre le testateur & l'héritier, developpe d'abord l'inconvénient qui se présenteroit, si l'héritier pouvoit retracter ou anéantir les aliénations précédemment faites par celui dont il est successeur, (*b*) puisque cet héritier en évinçant le possesseur des biens vendus seroit tenu de garantir lui-même le possesseur qui l'évince, ce dernier ayant un recours naturel & légitime contre l'héritier de celui dont il auroit fait l'acquisition. Signés, le *Président Daspe*, *Comere* de *Labastide*, *Pegueyroles*, *Bastard*, de *Catellan-Lamasquere*, *Cassand*, *Aymar*, *Caussade*, *Azemar*, de *Celés*, *Parasa*, *Daspe* de *Meilhan* & *Le Masuyer*.

PARIS.
M. le Procureur Général.

CETTE question semble se décider par le seul principe que l'héritier est tenu des faits du défunt; c'est ce qui a fait décider aussi à toutes les Cours contre la faculté de révoquer.

On n'a pas cru que la prohibition d'aliéner pût former une décision différente, cette disposition ne rendant les aliénations nulles que relativement à celui qui a intérêt de les faire déclarer telles.

Il est vrai (comme l'a dit un des rédacteurs) qu'un substitué dans un autre degré, qui ne seroit pas garant des aliénations, pourroit les attaquer après la mort du vendeur & de son héritier, mais ce n'est pas là l'objet de la question; il n'y auroit de doute que dans le cas de la prohibition d'aliéner, accompagnée d'une clause qui permettroit au substitué ultérieur de faire révoquer l'aliénation pendant la vie de celui qui auroit aliéné; mais une clause aussi rare, & qui ne paroît point l'objet de la question, n'a pas paru devoir être prévue. On a jugé de même du cas de plusieurs substitués, dont un ou quelques-uns seroient héritiers, parce qu'il est évident que celui ou ceux qui sont héritiers ne pourroient révoquer à la différence des autres; on a cru au contraire qu'il étoit nécessaire de décider le cas du substitué qui ne seroit héritier qu'en partie du dernier possesseur, parce que la question proposée ne paroissant avoir aucun doute, il a semblé

(*a*) Maynard, *liv.* 4, *cap.* 27. *L.* 3, *ff. de exept. rei vindic. & trad.*
(*b*) *Leg. cum qui ita*, §. 1, *de verb. oblig.*

qu'elle

qu'elle n'avoit pu l'être que dans la vue de décider celle de l'héritier en partie qu'on a regardé comme très-difficile ; on a senti tous les inconvéniens de l'héritier, en partie seulement par quotité, ou de l'héritier des meubles des propres, soit paternels, soit maternels de ceux qui ne sont tenus que pour leur portion ou qui le sont hypothéquairement pour le tout ; cependant on a cru, en suivant les principes certains en pareille matiere, que tout héritier en partie pouvoit révoquer les aliénations pour la portion pour laquelle il ne seroit héritier, pourvu qu'il n'eût d'immeubles de la succession.

PARIS.

On a encore agité la question dans le cas de l'héritier bénéficiaire, soit qu'il n'y eût pas assez dans la succession bénéficiaire de quoi l'indemniser ou indemniser l'acquéreur de l'aliénation, soit qu'ayant une indemnité suffisante, il aimât mieux indemniser en entier l'acquéreur pour être le maître de l'effet substitué ; & on a pensé qu'il étoit encore nécessaire de décider cette question en suivant le principe, que le privilege du bénéfice d'inventaire est de ne point opérer la confusion ; on a cependant trouvé qu'il ne seroit pas juste d'évincer le possesseur avant le compte rendu de la sucession bénéficiaire ; on a cru que si le défaut du compte ne pouvoit retarder ni l'action en révocation, ni le jugement, on ne pouvoit du moins l'exécuter qu'après la reddition du compte.

Ainsi on a estimé que le substitué qui se trouve en même temps héritier pur & simple d'un précédent possesseur des biens substitués, ne peut révoquer les aliénations faites par ce dernier possesseur ; que néanmoins l'héritier en partie peut révoquer les aliénations jusqu'à concurrence de la portion dont il n'est héritier tant qu'il ne se trouvera pas détenteur d'immeubles de la succession, que l'héritier bénéficiaire peut aussi révoquer les aliénations, à la charge de ne pouvoir évincer le possesseur que ledit héritier n'eût préalablement rendu compte de la succession bénéficiaire.

TRENTE-SEPTIEME QUESTION.

Si chaque substitué est recevable à attaquer de son chef, & comme une tierce partie, les Jugemens rendus avec le grevé, ou avec un des précédens substitués, soit sur la validité ou sur la durée de la substitution, ou sur les biens qui y sont censés compris?

A I X.

L'ON doit distinguer les Jugemens rendus avec le grevé sur faits qui n'attaquent pas la substitution en elle-même, d'avec les Jugemens qui prononcent sur la nature ou l'étendue de la substitution.

Dans le premier cas, comme les actions héréditaires résident en la personne du grevé ou du premier substitué, il est légitime partie à y défendre, & quand le Jugement n'a pas été rendu par collusion entre l'héritier ou premier substitué & la tierce partie, il ne sauroit être attaqué par ceux qui sont appellés à la même substitution.

Mais il n'en est pas de même au second cas, par la raison que chaque substitué ou du moins chacun de ceux qui prétendent y être appellés, exerce en cela un droit qui lui est personnel & qui ne peut par conséquent résider qu'en lui seul; ainsi le Jugement rendu avec le grevé ou avec le premier substitué, ne sauroit blesser le droit de celui qui se prétend appellé à la même substitution.

M. Le Bret, premier Président.

Scævola, en la Loi *ex contractu*, qui est la quarante-quatrieme du titre *de re judicatâ*, au ff., dit absolument, que la condamnation prononcée contre la pupille, laquelle en renonçant aux biens de son pere, a depuis donné lieu à l'ouverture d'une substitution, est valable contre le substitué: mais la Loi ne manque pas d'ajouter au plutôt une restriction, *nisi culpâ tutorum pupilla condemnata est*, & voilà de quoi chicaner vingt ans.

M. de Cormis, Avocat.

Chaque substitué paroît recevable à attaquer de son chef, comme tiers non oui, les Jugemens rendus avec le grevé, ou avec les précédens substitués, s'il y a eu omission de défenses ou

autre défaut ; mais si le Jugement a été contradictoire & sans omission ni défectuosité, la Loi *ex contractu* 44, *ff. de re judic.* en fait subsister le Jugement. M. DECORMIS.

LA diminution des procès mérite tant de faveur, & tout ce qui seroit capable de les rendre plus fréquens doit être évité avec tant de soin, qu'on ne peut prendre d'autre parti dans la question proposée que celui de la négative, à moins que le substitué qui voudroit revenir contre les Jugemens rendus avec l'héritier grevé ne prouvât qu'ils ont été obtenus par collusion. Signés, *Gillet* de *Lacase*, *Le Berthon*, *d'Albessard*, *Bigot*, *Jegun*, *Le Moncreau*, *Loyal*, *Dudon*, *Du Vigier* & de *La Tresne*. BORDEAUX.

ON juge au Parlement de Besançon que lorsqu'il ne paroît pas qu'il y ait du dol ou de la fraude de la part de l'héritier grevé, les substitués ne sont pas recevables à former opposition aux Arrêts rendus avec cet héritier, soit qu'il se soit agi de la validité ou de la durée de la substitution, soit qu'il ait été question des biens ou des droits qui en déterminoient l'objet ; si on ne suivoit pas cette Jurisprudence, chaque substitué pourroit renouveller la même difficulté ; car tous ayant droit à la chose, il y auroit même raison pour chacun en particulier, & de cette maniere il n'y auroit rien de certain dans les possessions, ce qu'il n'est pas possible d'admettre. BESANÇON.

On suppose qu'une substitution ait été déclarée vulgaire par Arrêt contradictoire avec celui qui avoit le droit le plus apparent pour la faire déclarer fidéicommissaire, seroit-il raisonnable que tous ceux qui se croiront appellés successivement au même fidéicommis fussent en droit de renouveller la même difficulté? C'est ce que *Peregrinus* a parfaitement bien expliqué *de fideic. art.* 53, *n.* 39 *& seq.* où il fait voir que le Jugement rendu contre le grevé ou avec un des précédens substitués fait préjudice à ceux qui suivent, mais qu'il faut pour cela que ce soit un Arrêt rendu en dernier ressort qui n'ait pas été rendu en défaut ; qu'il soit contradictoire *& sans collusion*, par la raison tirée du principe du Droit, que le Jugement rendu avec le principal & véritable contradicteur fait droit contre tous ; mais il n'en est pas de même, dit-il, si deux ou plusieurs personnes ont un droit chacun pour leur part, comme deux cohéritiers ou deux fidéicommissaires appellés conjointement au fidéicommis chacun pour leur part ; car alors *sententia*

BESANÇON. *in unum ex fideicommissariis lata alteri pro sua portione rei judicatæ effectum non parit.* Covarruvias, in prax. q. c. 13, n. 6, établit le même principe.

Ainsi les Commissaires estiment que quand il y a un Arrêt contradictoirement rendu entre l'héritier grevé & le substitué, ceux qui sont substitués subordonnement ne sont pas recevables à attaquer comme tierces personnes, ce qui a été décidé sur la validité de la substitution, sa durée, les biens & les droits qui peuvent y être compris, pourvu qu'il ne paroisse pas qu'il y ait eu de *la connivence* entre les parties, ce qui ne pourroit être établi que par des preuves évidentes de collusion lorsque la contestation a été décidée par Arrêt contradictoire. Fait & arrêté le 30 Août 1730. Signés, *Boisot*, *Espiard*, *Tinseau*, *Dorol*, & *Boquet* de *Courbouson*.

COLMAR. Si on fait attention qu'un principe fixe & immuable est que chaque substitué tire son droit du testateur, on ne pourra s'empêcher de conclure, que comme intéressé à la chose il a qualité d'attaquer de son chef, quand son tour viendra, les Jugemens rendus avec le grevé, même ceux rendus avec des précédens substitués; il a autant de droit qu'eux, & par conséquent il peut revenir contre ce qui a été fait avec eux; d'ailleurs le substitué peut s'opposer aux aliénations du fidéicommis, les transactions précédentes ne les lient point, à moins de certains cas rapportés par *Fusarius*, *de fideicom. quest.* 558 & 562. Quelle raison y auroit-il de lui interdire d'agir dans son rang contre tout ce qui a été précédemment fait contre le bien & l'utilité de la substitution? Nous tenons donc sur cette question l'affirmative. Signés, de *Corbeson*, *Holdt*, *Muller* & *Mulle*.

DIJON. Il y a fin de non-recevoir en cette espece contre les substitués quoique non ouis & agissant de leur chef, pourvu néanmoins qu'il soit question d'un Jugement en dernier ressort contradictoire, non fondé sur quelques faits ou moyens personnels au substitué qui a essuyé la condamnation, que la cause ait été bien défendue, & qu'il n'y ait point eu de collusion.

Les Loix ont établi cette fin de non-recevoir par forme d'exception à la regle générale du Droit Romain qui fait la matiere du titre. *Res inter alios acta vel judicata aliis non nocet*, exception qui a pour objet d'éviter la multiplicité des procès, & de maintenir l'autorité de la chose jugée souverainement & légitimement

sur un même fait, dans un cas où il n'étoit pas possible d'appeller en même temps toutes les parties intéressées. La Loi *ex contractu* 44, *ff. de re judic.* y est précise, il y a un Arrêt récent de ce Parlement contre le sieur de Bourdeille. DIJON.

Mais aussi des motifs même de cette exception sortent les limitations qui ont été observées. Une seule de celles-ci doit suffire pour qu'on retourne à la regle générale, suivant laquelle ce qui est fait par un tiers ou avec lui ne peut nuire à un autre qui est en droit d'agir de son chef. La Loi citée présuppose & réunit ces limitations en ce peu de mots. *Nisi culpâ tutorum pupilla condemnata est.*

Pour que la fin de non-recevoir soit déclarée, il faut donc,

1°. Que le Jugement soit en dernier ressort. S'il étoit sujet à l'appel, le substitué condamné a dû recourir à cette voie de Droit, il n'a pu la fermer à ses successeurs. On ne tient la décision juste que parce qu'on la présume émanée d'un Tribunal supérieur & dernier.

2°. Il faut que le Jugement soit contradictoire. S'il étoit par défaut ou par acquiescement, la faute ou la collusion de la partie condamnée seroit manifeste ou dangereuse. Les premiers substitués n'ont pas le droit de nuire aux subséquens par des traités volontaires ou par des actes équivalens.

3°. Il est nécessaire que la condamnation ne dérive point des moyens ou fins de non-recevoir personnels au substitué qui l'a soufferte, comme si la consistance des biens fidéicommissés avoit été réduit à son égard sur ce qu'il étoit héritier médiat ou immédiat, pour le tout ou en partie, de ceux qui avoient aliéné quelques-uns de ces biens.

Il faut enfin que la cause ait été défendue suffisamment & sans collusion. La Loi qui reprouve expressément la faute pour le premier cas, rejette à plus forte raison le dol qui se rencontre au second, & qui de droit ne peut jamais nuire à de tierces personnes. *Nisi culpâ tutorum pupilla condemnata est.* Signés, de *Birbisey*, de *La Marre*, *Lantin*, *Bouhier*, *Mayrelet*, de *Minot*, *Basin*, *Normand*, *Thiery* & *Genreau.*

Nous croyons que chaque substitué n'est pas recevable à attaquer de son chef & comme partie tierce les Jugemens rendus contradictoirement avec le grevé ou les précédens substitués, lorsque ces Jugemens ont été rendus sans fraude ni collusion; FLANDRES.

FLANDRES. mais nous estimons que la collusion est suffisamment prouvée; si dans la contestation sur laquelle les Jugemens ont été rendus on a omis d'alléguer des moyens qui auroient été décisifs en faveur de la substitution. Signés, *Pollinchon*, *Pinault* de *Banneaux*, *Visant* de *Ponange*, *Curpin*, de *Calonne*, de *Burges*, *Bissehop*, *Vaymel* & *Duparq*.

GRENOBLE. Les Jugemens rendus en matiere de substitution font droit *quoad omnes*, & le substitué ne peut les attaquer comme une tierce personne que dans le cas qu'ils seroient *collusoires*. Signés, de *Gramont*, premier Président, *Marnays*, de *Beauvais*, *Garnier*, *Leusse Descostes* & *Dalmas*.

METZ. Nous pensons que chaque substitué a droit d'agir comme une tierce partie, chacun d'eux ayant le même droit à la chose, n'étant point propriétaires incommutables ils ne peuvent se nuire les uns aux autres. Signés, de *Corbeson*, *Pierre*, de *Lange*, *Bertrand*, *Musac*, *Le Goulon* de *Champel*, *Lançon* & *Bonneau*.

PAU. Nous ne savons pas que cette question ait été jugée dans ce Parlement, mais nous croyons que chaque substitué est recevable de son chef (c'est une tierce partie qui vient) & pour son intérêt personnel; il peut avoir de nouvelles raisons & de nouvelles pieces, & puis il peut y avoir eu de la collusion ou de la négligence de la part des précédens substitués dans l'instruction des procès sur lesquels les Jugemens ont été rendus. Signés, de *Gaubert*, de *Casaux*, *Mignon*, *Dedoat*, *Desclaux*, *Mesplés*, *Bordenave*, *Dejean*, *Lesan*, *Bonnecase*, *Casenave* & de *Caseaux*.

M. de Gaubert, premier Président. Par la Loi *sæpe*, *ff. de re judic.* la Sentence rendue contre l'un des cohéritiers n'a point l'autorité de la chose jugée contre les autres cohéritiers qui n'étoient point parties, chaque héritier ayant sa qualité particuliere & distinctive, de même que ses actions & défenses propres, §. *sæpe constitutum est res inter alios judicatas aliis non prejudicare*; d'où plusieurs Loix concluent que si un légataire a été débouté par prétexte de la nullité du testament, ce Jugement ne fait point de préjudice aux autres.

Pour déterminer si un Jugement peut être opposé à un autre, l'on doit examiner *an sit idem corpus*, *eadem quantitas*, *idem jus*, *eadem causa petendi*, *eadem conditio personarum*; *quæ nisi*

omnia concurrant alias res est ; c'est une autre cause, *leg.* 12, 13 & 14, *ff. de except. rei judic. nam si eadem quæstio in omnibus judiciis vertitur, tamen personarum mutatio cum quibus singulis suo nomine agitur aliam atque aliam rem facit.* Leg. 22, ff. eod.

M. DE GAUBERT.

La glose sur cette Loi & sur la Loi *sæpe* met diverses exceptions, mais elle ne fait nulle mention des substitués.

Par la Loi *si bona, ff. de oper. libert.* l'hérédité ayant été évincée par un tiers qui attaque le testament, le fidéicommis dont l'héritier étoit chargé s'évanouit par le jugement, §. *nam res judicata contra hæredem scriptum, & contra testamentum etiam legatariis & fideicommissariis nocet*, dit Cujas en expliquant cette loi, *liv.* 20, *quest. Papin.* Ce qu'il fonde sur la loi *si superatus* 3, *ff. de pignor. & hypothec.* Cujas ajoute qu'il en seroit autrement s'il paroissoit de la collusion. *Si hæres ob dolum suum victus sit, aut lite cesserit.* Cujas expliquant cette derniere loi, met pour maxime que le jugement rendu contre l'héritier nuit aux légataires, *etiam ignorantibus si de jure testamenti pronunciatum sit, secùs si collusoriè causam egerit*, ou que l'héritier eût été condamné par quelque défaut dans la procédure, parce qu'alors, *non est pronunciatum de jure testamenti, sed si contra testamentum pronunciatum est contra hæredem scriptum testamento, & contra omnes pronunciatum est quibus testamentum adscriptum est.*

Ant. Faber, cod. de re judic. def. 4, pose l'espece très-afférante à la question, & décide que l'Arrêt & Jugement pourroit être opposé y ayant de l'équivoque, si le testateur appelloit à la substitution le plus proche à lui ou le plus proche de l'héritier institué ; le Jugement donné sur la tête de l'héritier du testateur pouvoit être opposé à l'héritier de l'héritier institué & grevé, parce qu'il venoit *ex iisdem testamenti verbis*, sur lesquels l'Arrêt avoit prononcé en faveur de l'héritier du testateur sans nouvelle piece, la question étant simplement réduite à ce point, de savoir si le testateur substituant le plus proche avoit prétendu parler du plus proche de lui testateur, ou du plus proche de l'héritier.

Peregrinus de fideicom. art. 55, *n.* 39, 46 & 49, traite à fond la question ; il demande, 1°. *An sententia lata adversus hæredem gravatum in juribus & rebus hæreditariis præjudicet fideicommissario universali vel etiam particulari.* 2°. *An sententia lata adversus primum fideicommissarium vel substitutum noceat sequentibus substitutis vel fideicommissariis ?*

Mais avant que de résoudre la question, il pose quelques maximes.

M. DE GAUBERT.

1°. Que lorsque les deux consorts ont un droit distinct & séparé par portion, le Jugement rendu contre l'un n'a point l'autorité *rei judicatæ* contre l'autre, par exemple, entre cohéritiers & colégataires, ce qui est conforme aux Loix & à leur esprit. De cette maxime Peregrinus conclut que le Jugement rendu contre l'un des fidéicommissaires qui sont appellés conjointement & en même degré ne peut être opposé à l'autre, *sententiam latam adversus unum ex fideicommissariis alteri pro portione suâ in jure suo rei judicatæ effectum non parere*, n°. 40 & 46; il avance cet autre principe, que la chose jugée contre celui qui a l'intérêt principal nuit à ses successeurs, soit à titre universel ou particulier; & dans le nombre des conséquences il tire celle-ci n°. 49. *In hærede constat sententiam adversus eum latam in causa inofficiosi, jus facere adversus legatarios & fideicommissarios, etiam non citatis. L. Papinianus, §. si ex causa, ff. de offic. testam.*

Peregrinus ajoute, *idem existimo in judiciis realibus vindicatoriis certæ rei, etiam in judiciis personalibus, ut in his sententia lata pro hærede vel adversus hæredem, prosit & noceat substitutis fideicommissariis, etiam non citatis, sive scierint, sive ignoraverint causam agi*; d'ailleurs le bien public & la tranquillité des familles exige qu'un procès finisse par un Jugement régulier, *ut singulis controversiis unus imponatur finis rei judicatæ autoritate quod frequens & publicum est.*

Peregrinus ajoute qu'on l'a toujours jugé de même dans les consultations, *ubi in rebus substitutioni subjectis & consulendo sic quoque tradidere doctores & jurisperiti.*

Dans les articles 51, 52, 53 & 54, il répond & résout les objections, les réfutant solidement, & dans les n. 57, 58, &c. il donne les exceptions à la regle. 1°. Si l'héritier ou le substitué n'avoit pas défendu. 2°. S'ils avoient colludé. 3°. S'ils avoient négligé mal-à-propos d'appeller. 4°. Si les motifs du Jugement proviennent de leur chef propre à cause de quelques relâchemens. 5°. Par un accord par proposition. 6°. S'ils avoient été condamnés sur leur simple aveu, ou pour avoir déféré le serment à la partie.

Mr. de Catellan, tom. 1, liv. 1, chap. 69, sur la question s'il est nécessaire que les freres d'un religieux réclamant des violences du pere, soient appellés lors de la fulmination du rescrit; il met pour maxime qu'il ne falloit point appeller les freres qui n'avoient qu'un intérêt accessoire, qu'on nomme intérêt *per consequentias*,

consequentias, comme par exemple les Seigneurs ne sont point appellés à l'entérinement des lettres de grace, quoique intéressés aux condamnations par rapport aux amendes & confiscations, les substitués ne sont point appellés aux procès où il s'agit de la validité ou invalidité des mariages, & dont l'événement peut servir d'obstacle ou d'ouverture à la substitution, quoique l'on doive présumer que l'héritier grevé & chaque substitué par l'intérêt qu'ils ont dans la substitution & à toutes les suites, n'ont rien négligé pour défendre dans les Jugemens leur cause; chaque possesseur n'étant proprement qu'un usufruitier, un dépositaire chargé de rendre & de transmettre le dépôt, il seroit rigoureux que les subséquens substitués & non héritiers de ceux sur la tête desquels ces Jugemens ont été rendus ne pussent de leur chef les attaquer, pouvant souvent alléguer de plus solides raisons & produire de nouvelles pieces suffisantes pour faire renverser ces Jugemens; l'on ne pourroit même sans injustice refuser à ces derniers substitués l'examen & la vérification, si l'héritier grevé ou les substitués contre lesquels ces Jugemens ont été rendus, ont mal défendu, s'ils ont même colludé, auquel cas l'on conviendroit sans doute qu'on est recevable, cet examen même étant un procès, il semble plus court de les déclarer indéfiniment recevables à attaquer ces Jugemens.

M. DE GALBERT.

Nous croyons sur ces dernieres réflexions que chaque substitué est recevable à attaquer de son chef, & comme une tierce partie, les Jugemens rendus avec le grevé ou avec un des prédécesseurs substitués, soit sur la validité ou sur la durée de la substitution, ou sur les biens qui y sont censés compris, pourvu que celui qui attaque ces Jugemens ne soit point héritier d'ailleurs de ceux sur la tête desquels ces Jugemens ont été rendus.

TOULOUSE.

CHAQUE substitué est recevable dans les cas proposés à attaquer de son chef, comme tierce partie, les Jugemens rendus avec le grevé ou le précédent substitué.

Celui qui n'est point partie dans un Arrêt, ni par lui ni par ses auteurs, ou ceux dont il a droit & cause, peut l'attaquer par opposition; la question proposée le suppose, & c'est un principe établi par la Loi (*a*) & par l'Ordonnance (*b*).

(*a*) *Leg. 2, cod. de except. leg. 9, ff. eod.*
(*b*) L'Ordonnance de 1667, art. I & II, titre des Requêtes civiles.

TOULOUSE.

Il est également certain que le substitué ne succede point à l'héritier grevé, il prend son droit du testateur, il le représente & remonte de son chef à la substitution ; en effet, le grevé n'a qu'une propriété feinte (*a*) qui finit même par l'événement du fidéicommis, comment pourroit-il donc la transmettre au fidéicommissaire, & s'il ne la lui transmet pas, le fidéicommissaire n'est ni successeur ni ayant cause de l'héritier grevé ; il ne peut donc pas être lié par le Jugement rendu avec le grevé, sans détruire la regle que l'exception de la chose jugée ne peut être opposée qu'à celui qui a été partie, ou par lui ou par ceux dont il a droit & cause, à quoi l'on peut ajouter que le grevé a intérêt que les biens soient libres sur sa tête, ce qui suffiroit pour ne pas autoriser sans retour les Jugemens rendus avec lui sur la validité ou la durée de la substitution, & sur les biens qui y sont censés compris.

Notre usage a toujours été conforme au principe que nous venons d'établir (*b*), & pour conserver à la chose jugée l'autorité qui lui est due sans préjudicier à l'intérêt de celui qui n'a été défendu ni par lui ni par ceux dont il a droit & cause, nous écoutons l'opposant, mais nous ne faisons droit sur l'opposition que lorsqu'il propose des raisons décisives qui ont été omises lors du premier jugement, & dans le doute on présume pour l'Arrêt attaqué ; on l'observe de même dans les Jugemens des oppositions en toutes matieres.

Après avoir établi les principes & notre usage, il faut encore rechercher les difficultés que l'on peut former sur une question aussi importante, afin de reconnoître lorsque nous les résoudrons suivant le sentiment de toutes les chambres du Palais, & de tous les Officiers qui les composent, la justice d'un usage qu'ils ont unanimement attesté.

On peut dire que l'exception de la chose jugée nuit aux personnes qui ont la même qualité & le même droit, *si sit eadem conditio personarum* (*c*), & que l'héritier & le substitué ont en effet le même droit & la même qualité, puisqu'ils sont tous héritiers du substituant ; on peut encore chercher un sujet de doute dans la loi *ex contractu* 44, *ff. de re judic.* on y trouve que le

(*a*) *Leg.* 2, §. 2, *cod. commun. de leg.*

(*b*) A défaut d'Arrêts moulés nous avons consulté les Chambres, & tous les Officiers qui les composent ont unanimément attesté cette Jurisprudence.

(*c*) *Leg. cum quæritur & duobus seq.* 9, *ff. de except. rei judic.*

fidéicommissaire n'est pas reçu à se plaindre du Jugement rendu avec le grevé, lorsque celui-ci a été condamné à payer une somme due par le substituant ; on peut dire aussi que l'Eglise, les Communautés, les pupilles ou mineurs n'ont pas droit & cause du pasteur, des administrateurs & des tuteurs ou curateurs, & que néanmoins l'opposition n'est pas reçue contre les Arrêts rendus avec ces derniers ; enfin l'intérêt public peut servir de prétexte à combattre la loi & l'usage ; on dira que les procès n'auront pas de fin, si chaque substitué remonte de son chef à la substitution & fait rejuger les différends terminés avec le grevé ; que l'usage où nous sommes de démettre les opposans s'ils ne proposent pas des raisons nouvelles & décisives ne suffit pas pour prévenir un aussi grand danger ; puisqu'en effet le substitué peut toujours intenter un procès bien ou mal fondé, qu'il seroit plus simple de lui ôter la voie de l'opposition, & parce que la défense du grevé lui est suspecte, lui réserver le cas de dol & de fraude.

Il est difficile de mettre en doute ce que la simplicité des principes met en évidence ; on abuse des termes de la loi (*a*) *si sit eadem conditio personarum*, qui veut, dire comme l'explique Ducange, (*b*) si l'un est lié par les engagemens de l'autre. On peut voir Accurse sur cette loi qui l'explique de même, quoiqu'en d'autres termes, si l'un est héritier ou ayant cause de l'autre, sans cela la loi opposée seroit contraire au principe que nous avons pris de la loi & de l'Ordonnance, que l'exception de la chose jugée peut seulement être opposée à ceux avec qui le Jugement a été rendu, leurs auteurs ou ayant cause ; elle seroit même contraire à celle qui décide que le Jugement prononcé contre un héritier ne nuit point à l'autre (*c*), quoique les cohéritiers soient dans la même condition dans le sens opposé.

On s'apperçoit aisément que la loi par laquelle le fidéicommissaire n'est pas reçu à se plaindre du Jugement qui condamne le grevé à payer une somme due par le substituant, ne fait aucune conséquence pour les biens substitués, parce que dans l'examen des questions de droit il faut sur-tout prendre garde de ne pas s'écarter d'une matiere à une autre ; il ne faudroit pas de réponse à cette objection ; on ajoutera néanmoins que le grevé peut & doit

(*a*) Ci-dessus citée.
(*b*) *in verbo conditio.*
(*c*) *L. sæpe, ff. de re judicata.*

TOULOUSE.

payer les dettes héréditaires (*a*). La faveur du créancier auquel on ne peut différer le paiement & celle du substitué, qui pourroit être surchargé des intérêts arriérés sont les motifs de cette Jurisprudence, qui ne conviennent point aux biens substitués que le grevé doit rendre comme il les a reçus sans en pouvoir disposer, & par une conséquence nécessaire sans que les Jugemens rendus avec lui à cet égard puissent nuire aux substitués.

On passe dans l'objection suivante d'une matiere à une autre, comme dans celle qu'on vient de combattre, & on y trouve de même des différences essentielles. Les Arrêts dans le cas opposé sont rendus avec l'Eglise, les Communautés, les pupilles ou mineurs, puisqu'ils sont rendus avec ceux qui par le devoir de leur charge ou par la religion du serment sont obligés de les défendre; bien plus ils y sont souvent intéressés, ou du moins ils n'ont jamais un intérêt opposé, au lieu que le grevé a un intérêt de débattre le fidéicommis, d'en abréger la durée, & d'être propriétaire incommutable des biens substitués; enfin s'il y avoit quelque parité à faire & qu'elles eussent en droit quelque autorité, celle-ci nous rameneroit à notre décision & n'y mettroit de la différence que dans la forme. L'Eglise, les Communautés, les pupilles & les mineurs sont obligés de prendre la voie de la requête civile, parce qu'ils ont un légitime défenseur. Le substitué prend celle de l'opposition, parce que le grevé n'avoit pas l'autorité de se défendre, mais l'Arrêt est toujours renversé s'il y a des raisons nouvelles & décisives.

Si notre Jurisprudence qui a été en vigueur dans tous les temps troubloit le repos des familles en multipliant les procès, un si grand mal ne nous seroit pas inconnu, & nous y aurions apporté du remede, mais la sagesse de nos prédécesseurs l'a prévenu; ils ont su sans s'écarter de la loi en éviter les inconvéniens, en rejettant l'opposition si l'Exposant n'emploie pas des raisons nouvelles & décisives; cette précaution a été suffisante jusqu'à présent, on ne peut donc pas douter qu'elle ne suffise à l'avenir.

On ne peut pas proposer d'ôter au substitué la voie de l'opposition sans renverser la Loi & l'Ordonnance, puisqu'on rendroit contradictoire avec lui les Arrêts rendus avec le grevé dont il n'a pas droit & cause.

(*a*) *Lege ante restitutam hæreditatem, ff. de solutionib.*

TOULOUSE.

L'intérêt public, bien loin d'exiger cette loi nouvelle, exige que l'on conserve notre usage. Le grevé & le substitué intéressé à conserver la propriété des biens au préjudice des substitués appellés après eux se serviroient mutuellement par des conventions secrettes, & on ne verroit plus que des Arrêts poursuivis collusoirement entre eux. La preuve de la collusion seroit impossible. Le dol est une espece de délit qui ne se présume point, il faut des preuves, & ceux qui ont l'usage de l'administration de la Justice, savent qu'elles ne réussissent presque jamais pour des faits récemment arrivés; ils savent aussi qu'elles sont absolument impossibles pour des faits dont le souvenir se perd dans des temps reculés.

On ne peut donc réduire le fidéicommissaire à une pareille preuve sans éteindre l'usage des fidéicommis dont personne n'ignore l'utilité dans ces Provinces pour la conservation des maisons nobles. Le Parlement l'a souvent représenté au Roi, & les Etats de la Province se sont joints à lui toutes les fois qu'ils ont appréhendé quelques changemens à ce sujet.

Nous ne croyons pas qu'il y ait lieu de rien changer à notre Jurisprudence après l'avoir établie sur la Loi, sur l'Ordonnance, sur l'usage attesté par tous les Officiers du Parlement, sur l'intérêt public & principalement sur celui de lan oblesse, qui en fait la portion la plus importante & la plus utile à l'Etat. Signés, *Maniban*, *Devic*, *Pegueyroles*, *Bastard*, *Laroque*, *Azemar*, *Cassand*, *Boutaric*, *Aymar*, *Caussade de Celés*, *Daspe*, & *Lemasuyer*.

PARIS.
M. le Procureur Général.

Les différens avis des Cours qui ont été consultées, les différens principes qu'on peut envisager, enfin les conséquences d'un côté de rendre les contestations immortelles & les possessions toujours incertaines, & d'un autre côté de faire perdre à un substitué un droit légitime par la collusion, par la fraude, par la simple négligence du grevé, tout se réunit pour faire sentir les difficultés qui se rencontrent à décider cette question.

On ne peut douter que le substitué ne tire tout son droit de celui qui a formé la substitution, & qu'il n'en tire aucun du grevé; il semble donc qu'on ne puisse lui opposer que le fait de celui qui a établi la substitution & non le fait des autres, & ce, soit qu'il s'agisse d'un jugement ou d'une transaction. On ajoute le cas de la transaction qui n'est pas dans la question proposée, parce qu'un des rédacteurs en a parlé & qu'elle semble se décider par les mêmes principes.

PARIS.

Il n'eſt pas même queſtion, ſuivant ces principes, du cas d'un Jugement qui n'auroit pas acquis l'autorité entiere du Jugement en dernier reſſort, ni du cas de la fraude ou de la colluſion. Dans le premier cas la voie de droit eſt ouverte aux ſubſtitués. Dans le ſecond perſonne ne doute que les ſubſtitués ne puiſſent revenir contre le Jugement; mais indépendamment de ces circonſtances dans la theſe générale le principe ne ſemble-t-il pas dicter que l'on ne peut en aucun cas, ni en aucune autre maniere oppoſer la fin de non-recevoir tirée de la choſe jugée ou de la convention à des ſubſtitués, avec leſquels le Jugement n'a point été rendu, & qui ne tirent point leur doit de celui avec lequel il l'a été, & qui peut-être n'étoient pas nés lors du Jugement? On peut même citer la diſpoſition de la Loi *ſæpe au ff. de re judic.* qui permet à des cohéritiers de faire rétracter un Jugement rendu avec leurs cohéritiers.

Ainſi MM. du Parlement de Pau & de Metz, & MM. du Conſeil Supérieur d'Alſace, décident en faveur des ſubſtitués; ils ne ſe bornent pas au ſeul cas de colluſion & de fraude, leur déciſion eſt générale. Outre ces principes ils alléguent encore pour motif qu'il peut y avoir de nouvelles pieces ou de nouveaux moyens.

C'eſt auſſi l'avis de M. le Premier Préſident de Gaubert; car l'exception du cas où le ſubſtitué ſeroit héritier de celui avec lequel le Jugement avoit été rendu, ſera toujours une exception ſuivant ce qui a été dit ſur la queſtion précédente.

On peut donc dire d'abord que tout ſembleroit devoir ſe réunir pour cet avis. L'exacte juſtice renfermée dans cette Loi ſi connue, *Sæpe conſtitutum eſt, res inter alios judicata aliis non prejudicari.* Le droit de chaque ſubſtitué qui quoique né d'un même titre eſt un droit inhérent à chacun, que tout autre par ſon fait ne peut lui ôter l'origine de ce droit, qui étant dérivé de l'inſtituant & non du grevé, ne paroît pas pouvoir compatir avec l'idée d'un engagement qui ſe trouveroit formé par le ſeul canal du grevé avec tous les appellés à la ſubſtitution, l'injuſtice enfin de priver quelqu'un d'un droit ſans qu'il ait été entendu.

Cependant MM. des Parlemens de Bordeaux, de Grenoble, de Beſançon, de Dijon & de Flandres ſont d'avis contraire, en exceptant ſeulement le cas de la colluſion. La diſtinction du Parlement d'Aix entre les cas qui regardent les actions héréditaires paroît difficile à ſoutenir, parce que le principe paroît être le

même. Me. Le Bret en citant la Loi 44, *ff. de re judic.* semble pencher contre les substitués, & Me. de Cormis en bornant le droit des substitués au cas d'omission de défense ou autre défaut, paroît entrer absolument dans le même esprit.

PARIS.

En effet, si l'on considere celui ou la qualité de celui avec lequel le Jugement aura été rendu, quoique chargé de restituer, il est vraiment propriétaire, bien différent du simple usufruitier qui ne peut défendre à ce qui regarde la propriété; il est partie capable pour former demande ou pour défendre, bien différent encore du cohéritier qui n'est propriétaire que solidairement avec ses autres cohéritiers avec lesquels le procès doit être intenté; il est seul propriétaire, il est en droit d'ester en Jugement, soit que le procès intéresse les biens ou droits compris dans la substitution, soit qu'il s'agisse de la validité de la substitution, ou enfin de son étendue.

Si Cujas l'a décidé contre les légataires dans le cas des Jugemens rendus avec l'héritier testamentaire, n'est-ce pas décider contre les substitués? Peregrinus & Fusarius l'ont décidé disertement contr'eux.

S'il y a quelqu'injustice d'écarter des substitués sous le seul prétexte de l'autorité de la chose jugée lorsqu'elle ne l'a pas été avec eux, les exceptions de la collusion semblent ôter toute idée d'injustice, & cette considération si puissante, quand il est question de faire une Loi nouvelle & d'abréger les contestations, semble supérieure à tout autre motif.

Une considération qui ne laisse pas d'avoir quelque poids, c'est que dans aucun Parlement on ne voit point de Jurisprudence qui établisse que tout substitué soit recevable de son plein droit à attaquer les Arrêts rendus avec les grevés, & qu'au contraire deux Parlemens * alléguent de leur part une Jurisprudence en faveur de la fin de non-recevoir; car de l'affaire de Luxembourg, qui a été jugée au Parlement, on n'en peut rien induire d'évident.

* Dijon & Besançon.

Ce qui semble enfin devoir décider lorsqu'il s'agit, non pas de juger une contestation particuliere, mais de parler en Législateur, c'est le bien public & la tranquillité des familles, c'est la nécessité d'empêcher que les possessions ne soient perpétuellement incertaines, & il paroît que le moyen unique est de regarder le grevé avec lequel la contestation aura été formée, comme une partie sur la tête de laquelle un Jugement puisse s'asseoir d'une maniere irrévocable. Sans cela comment pourra-t-on jamais

PARIS.

compter ſur ſa fortune ou ſur l'autorité des choſes jugées, ſi un procès décidé avec le premier inſtitué peut renaître de degré en degré, & peut-être après un ſiecle; ce ſeroit livrer la partie qui a réuſſi à l'incertitude d'une propriété toujours incertaine, ce ſeroit le laiſſer dans une interdiction perpétuelle de diſpoſer des biens qu'un Arrêt lui auroit adjugés.

Des principes de part & d'autre ſi évidens par eux-mêmes, mais dont on peut tirer des conſéquences ſi oppoſées, les inconvéniens reciproques des deux partis que l'on peut embraſſer, la vivacité des ſuffrages des Cours qui ont été conſultées, ont fait croire à pluſieurs qu'il convenoit mieux de ne point faire de Loi ſur une queſtion que les circonſtances de fait ſemblent devoir décider, & qui devroit par cette raiſon être laiſſée à la prudence des Juges.

Pluſieurs ont cru que plus les difficultés étoient grandes, plus il falloit les vaincre, ou en tout, ou du moins en partie, par une Loi qui ne laiſsât rien, ou qui laiſsât peu à l'arbitrage des Juges: de-là ſe ſont élevés deux avis ſubordonnés, l'un plus ſimple pour ouvrir la carriere à tout ſubſtitué qui voudroit attaquer les Jugemens rendus avec ceux qui auroient poſſédé avant eux la ſubſtitution, ou contre les tranſactions ou autres actes, même par la voie des oppoſitions aux Arrêts contradictoires, ſauf aux Juges à examiner les moyens au fonds. Les autres à décider pour la fin de non-recevoir, ſauf les cas d'exception, de colluſion, fraude, & des moyens nouveaux.

Dans ce dernier avis on s'eſt encore partagé, les uns ont cru qu'il ſuffiſoit de décider que l'Arrêt contradictoire rendu avec le grevé de ſubſtitution, ou avec un des précédens ſubſtitués, devoit faire Loi avec les ſubſtitués ultérieurs, ſi ce n'eſt que le Jugement eût été fondé ſur des faits perſonnels au grevé ou ſubſtitué, avec lequel il auroit été rendu, ou qu'il y eût eu colluſion, ou qu'on eût eu de nouvelles pieces ou moyens allégués de nouveau, déciſifs de la conteſtation.

Par là on a cru remplir toute juſtice, en ôtant aux ſubſtitués la faculté de faire rétracter des Jugemens par le ſeul privilege & par la ſeule voie de la tierce oppoſition, & en leur accordant cependant la reſſource même de la ſimple oppoſition; mais dans le ſeul cas de la colluſion, de la fraude ou de moyens nouveaux; d'autres enfin ont penſé que pour former une déciſion, il étoit néceſſaire d'entrer dans un plus grand détail des différens Jugemens qui auroient pu intervenir.

On

On a écarté d'abord toute idée de la différence des procès qui pouvoient naître, parce qu'on a trouvé que cette différence ne pouvoit former une décision différente. On a jugé que le principe étoit toujours le même, que soit que ce fût un étranger qui eût eu un procès pour revendiquer les biens substitués ou partie d'iceux, ou pour diminuer en quelque maniere le contenu en la substitution, soit que ce fût enfin un appellé, ou qui eût prétendu l'être à la substitution, ou qui eût plaidé sur le caractere de la substitution, le principe étoit égal, ou pour admettre les substitués à réclamer ou pour les exclure.

On n'a pas cru qu'on pût encore douter que la décision ne dût être la même par rapport aux différentes parties. D'un côté ce sera toujours un grevé condamné, & de l'autre toujours un substitué qui veut réclamer; mais que le grevé soit l'institué ou l'un des premiers substitués; & que le substitué soit un des premiers ou des derniers appellés à la substitution, on a jugé que le principe ne pouvoit être différent, ni par conséquent la décision différente.

Il n'y a donc que la différence des actes qui a paru mériter d'être discutée, & qui ne peuvent être d'abord en général que des jugemens ou des transactions. On a observé que le Jugement pouvoit être sujet à l'appel ou être en dernier ressort.

Que s'il étoit sujet à l'appel, alors ou l'appel seroit encore recevable par rapport à celui avec lequel il auroit été rendu, ou l'appel se trouveroit non-recevable par rapport à lui.

Quant au premier cas il ne pourroit y avoir de question, puisque le substitué auroit certainement la même voie de l'appel que la partie condamnée auroit eu elle-même; que si l'appel se trouvoit non-recevable, ce ne pourroit être que par le fait de celui qui auroit été condamné, soit qu'il y eût acquiescé, soit qu'il y eût eu prescription acquise qui pourroit être de trois sortes, celle de trois ans portée par l'art. XII du titre XXVII de l'Ordonnance, celle de dix ans portée par l'art. XVII, ou celle de trente ans qui étoit la prescription ordinaire de toutes actions personnelles, que le cas de l'acquiescement étoit le même que celui de la transaction dont on parleroit dans la suite.

Que pour ce qui étoit de la transaction, il sembloit qu'on pouvoit décider qu'elle ne pourroit jamais avoir lieu contre le substitué quand même elle seroit acquise contre celui avec lequel le Jugement auroit été rendu, la prescription ne pouvant courir que *à die notitiæ*, qu'il faudroit une signification, & dans la pres-

PARIS.

cription même de trois années une sommation ; mais que toutes ces formalités faites avec celui qui étoit partie ne pouvoient opérer de fin de non-recevoir contre celui qui ne l'auroit pas été, & que quand on les auroit faites au substitué, son droit n'étant pas ouvert, elles ne devroient opérer aucun effet ; on a donc cru que dans tous les cas le substitué pouvoit être recevable à interjetter appel du Jugement rendu contre le grevé au sujet de la substitution, s'il n'y avoit de fin de non-recevoir acquise de son chef.

Que si le Jugement étoit en dernier ressort, alors il pouvoit être ou contradictoire ou par défaut ; que le même principe sur le sujet des appellations sembloit devoir faire décider qu'il ne pouvoit y avoir de fin de non-recevoir contre l'opposition que formeroit un substitué à un Arrêt par défaut ; que cela ne pouvoit faire le moindre doute si la partie même se trouvoit non-recevable : comme ce seroit une négligence qui porteroit avec soi une présomption de droit de collusion, il seroit évident que le substitué seroit recevable à suivre l'opposition faite, ou à en former une nouvelle.

Qu'à l'égard du Jugement en dernier ressort contradictoire, c'étoit le cas de la fin de non-recevoir, mais qu'on pourroit encore distinguer le cas où la requête civile seroit recevable, & le cas où elle ne le seroit pas.

Que s'il se trouvoit des ouvertures des requêtes civiles, & que la partie avec laquelle l'Arrêt eût été rendu y fût encore recevable, on ne pouvoit douter que le substitué n'eût cette voie ouverte ; qu'on pouvoit dire même que quand il y auroit une fin de non-recevoir tirée du laps du temps, les significations nécessaires pour faire courir les délais, & le délai écoulé ne pourroient être opposés toujours sur le fondement du même principe, que les significations faites à la partie ne pourroient nuire au substitué, & que, *contra non valentem agere, non currit præscriptio.*

Qu'enfin à l'égard des transactions ou des acquiescemens, soit à un Jugement dont l'appel sans cela seroit recevable, soit à un Arrêt contre lequel l'opposition ou la requête civile pouvoient avoir lieu, s'il n'y eût point eu d'acquiescement, on pourroit y appliquer la décision de Fusarius contre la transaction ou l'acquiescement, si ce n'étoit que ce fût *super re dubia, & bona fide*, qu'il sembloit que Ricard eût eu les mêmes vues en traitant la question ; mais que de là il sembloit aussi qu'il fût nécessaire d'entrer en connoissance de cause, & qu'il ne suffisoit pas d'attaquer la

transaction ; que c'est ce qui engageroit à penser qu'il faudroit alors prendre des lettres de rescision en regardant la transaction comme valable dans sa substance, mais comme pouvant être anéantie par la voie de la lésion ; que c'est ce qui fortifieroit le principe que tout acte, tout jugement avec le grevé, engage tous les appellés à la substitution, mais qu'ils peuvent y donner atteinte en cas de fraude & de collusion.

Que si on passoit de là aux Arrêts, il sembleroit qu'on devroit décider (comme on vient de le dire) que dans le cas d'un Arrêt contradictoire contre lequel il n'y auroit aucun moyen de requête civile, l'Arrêt devroit militer contre le substitué quoiqu'il n'eût pas été rendu avec lui, mais qu'il falloit toujours y apporter les exceptions qui ont été détaillées par le Parlement de Dijon, ce Parlement en a proposé quatre.

La premiere, que le Jugement fût en dernier ressort.

La seconde, qu'il fût contradictoire & non par défaut ou par acquiescement.

La troisieme, est que la condamnation ne dérivât point des faits personnels à celui qui l'auroit soufferte, comme si la substitution eût été diminuée par l'aliénation faite par quelqu'un dont il eût été héritier, & que cette exception ne pouvoit faire le moindre doute.

La quatrieme enfin, que la cause eût été suffisamment défendue & sans collusion.

On a pensé que cette exception qui étoit évidente pouvoit cependant être différemment interpretée, non pas sur la collusion qui renferme une fraude & un dol, mais sur ce qui n'est qu'une faute : tel est le cas d'une défense qui n'a pas été suffisante, comme si on avoit omis d'alléguer des moyens qui auroient été décisifs, & si celui qui a attaqué l'Arrêt a trouvé de nouvelles pieces ou se sert de nouveaux moyens : on a observé cependant dans ce dernier point quelque différence, en ce que l'omission de défense se réfere ordinairement au temps où le procès a été jugé ; ainsi cela excluroit alors les pieces nouvelles dont la partie n'auroit pas eu connoissance lors du Jugement, parce qu'il n'y auroit point eu alors de sa faute, & cela pourroit exclure par la même raison le cas de nouveaux moyens que la partie auroit pu prévoir.

Mais on a jugé qu'il étoit plus équitable de réserver l'omission de défense au temps où l'appellé avoit un droit ouvert, & qu'il

PARIS.

y auroit une iniquité manifeste de juger le substitué non-recevable, parce qu'il n'y auroit eu ni dol ni faute de celui qui a été condamné lorsqu'on verroit un droit évident de la part du substitué, soit par le secours de nouveaux moyens, ou par le secours de nouvelles pieces découvertes.

Dans cette vue on a pensé que le cas de la collusion ou de la faute ne renfermeroit pas toutes les exceptions, & qu'il suffisoit au substitué d'avoir de bons moyens à alléguer, & qu'ils ne l'eussent pas été lors de l'Arrêt.

On a dit (*& qu'ils ne l'eussent pas été lors de l'Arrêt*) afin qu'en favorisant l'appellé à la substitution dans tous les cas où il y a omission de défense, on ne tombe pas aussi dans l'excès contraire, en décidant que l'appellé à la substitution peut être écouté toutes les fois qu'il auroit un moyen à alléguer, parce que ce seroit une voie ouverte pour faire revivre des procès terminés.

On a observé qu'en s'exprimant ainsi c'étoit tomber presque entiérement dans le cas de l'ouverture des requêtes civiles des mineurs s'ils n'ont pas été défendus, ou s'ils ne l'ont pas été valablement, & que ce seroit aussi une voie qu'on pourroit prendre pour en former une Loi nouvelle, en exigeant non une simple opposition à l'Arrêt qui facilite trop de procès, mais des lettres de requête civile qui supposent que l'Arrêt a été rendu avec une partie légitime, & qui ne laissent pas de mettre quelque obstacle à la vivacité des plaideurs, en regardant enfin un plaideur appellé à la substitution, comme un mineur défendu par un tuteur qui pût être relevé dans le cas de l'omission de défenses.

Par là enfin en exigeant une requête civile qui nécessiteroit à la consignation d'une amende, on retiendroit les plaideurs téméraires; on ne perdroit point, comme le craint un des rédacteurs, le fruit de la regle générale par l'étendue des exceptions, ou plutôt par l'étendue que les substitués pourroient y donner; on mettroit un frein à l'injustice sans faire aucun tort à ceux des substitués qui auroient un droit légitime.

On a cru aussi par la suite du même principe, qu'il faudroit établir encore pour moyen de requête civile le cas où la partie publique n'auroit pas été entendue lors de l'Arrêt, en décidant que si l'affaire avoit été valablement défendue par rapport à celui qui étoit partie, elle ne l'auroit pas été par rapport à des substitués dans des degrés ultérieurs qui n'auroient point eu des défenseurs.

Il ne s'est trouvé dans cet avis qu'un seul partage au sujet des

condamnations qui feroient dérivées des faits perfonnels de la partie, en ce que quelques-uns auroient penfé devoir laiffer en ce cas la voie de la tierce oppofition en bornant les fubftitués dans tous les autres cas à la voie de la requête civile.

PARIS.

C'EST dans cette vue que ceux qui ont penfé que la Loi nouvelle devoit prévoir tous ces détails, ont eftimé que le fubftitué n'étoit pas recevable à attaquer de fon chef, & comme une tierce partie, les Jugemens rendus avec le grevé ou avec un des précédens fubftitués, foit fur la validité ou fur la durée de la fubftitution, ou fur les biens compris en icelle; que tout fubftitué pouvoit pourtant fe pourvoir par la voie de l'appel contre les Jugemens qui y étoient fujets, ou par la voie de l'oppofition contre ceux par défaut & fujets à l'oppofition, & pareillement par la voie de la requête civile, quand bien même celui contre lequel le Jugement auroit été rendu feroit non-recevable de fon chef par le laps du temps ou autrement, pourvu que le fubftitué de fon chef ne fût pas non-recevable.

AVIS.

Que les fubftitués pouvoient même être reçus à propofer les moyens de requête civile tels que les Ordonnances les accordent aux mineurs, & pareillement celui pris de ce que la partie publique n'auroit pas été entendue.

Quelques-uns penfoient qu'on pouvoit ajouter que même tout fubftitué pouvoit fe pourvoir par fimple oppofition contre les Arrêts en dernier reffort & contradictoires, s'ils n'avoient été rendus contre le grevé de fubftitution ou le fubftitué dans un degré antérieur, que fur le fondement d'un fait perfonnel audit grevé ou fubftitué.

On penchoit auffi à décider que chaque fubftitué étoit recevable à fe pourvoir par lettres en refcifion contre toutes tranfactions ou autres actes paffés par le grevé ou un des précédens fubftitués, foit fur la validité ou fur la durée de la fubftitution, ou fur les biens y compris, en cas qu'il y eût dans aucun defdits actes de la léfion, & que le fubftitué ne fût point non-recevable de fon chef à attaquer lefdits actes par la voie des lettres de refcifion, quand bien même le grevé qui auroit paffé l'acte ou autres y feroient non-recevables.

Enfin, ayant été néceffaire de reprendre les fuffrages, y ayant eu quatre avis ouverts, quoique celui de ne point faire de Loi n'eût pas été d'abord l'avis dominant, quand on a repris les voix,

PARIS.

les difficultés que chaque avis a fait, ont fait revenir plusieurs des opinans à laisser la décision à la prudence des Juges.

Ainsi la plus grande pluralité des suffrages a été que les grandes difficultés qui se rencontrent sur la présente question paroissent porter à ne point donner de décision fixe, & laisser tout à la prudence des Juges suivant les circonstances particulieres.

TRENTE-HUITIEME QUESTION.

Si la restitution anticipée du fidéicommis nuit aux créanciers & aux tiers-possesseurs?

AIX.

LA Jurisprudence de ce Parlement est que la restitution anticipée ne sauroit nuire aux créanciers & aux tiers-possesseurs. Cette Jurisprudence est fondée sur ce que l'hypotheque générale (*a*) que les créanciers & tiers-possesseurs acquiérent sur les biens de leurs débiteurs affectant tous ses droits & leur attribuant l'avantage de les exercer, on ne peut les en priver par une restitution anticipée; mais par une raison d'équité l'on accorde sur ces biens fidéicommissés les alimens à l'héritier substitué & à sa famille.

Il est vrai que cette Jurisprudence semble contraire à la disposition de la Loi; mais elle est pourtant favorable, car elle a pour objet de conserver les droits du tiers & de réprimer les fraudes qui ne se commettent que trop souvent, le motif de la Loi (*b*) qui regardoit cette restitution anticipée comme l'effet de la volonté dans laquelle étoit le grevé de remplir celle du testateur avec zele, n'étant certainement pas la source de pareille restitution anticipée; ainsi ce n'est pas s'éloigner de la Loi que de n'en pas suivre la disposition, lorsque le motif qui l'a produite ne se rencontre pas dans l'espece.

(*a*) Duperier, tom. 2, pag. 439. Boniface, tom. 2 de la premiere compilation, liv. 2, tit. 2, chap. 13.

(*b*) *Plenam fidem ac debitam pietatem secutus exhibitionis respondi non creditores fraudasse*, dit le Jurisconsulte dans la Loi *patrem* 19, *ff. quo in fraudem creditorum.*

M. LE BRET, premier Président.

LA Loi de Papinien *patrem*, *ff. quæ in fraudem creditorum facta sunt ut restituantur*, ne condamne point les restitutions anticipées des fidéicommis, & les anciens Glossateurs croyoient que l'héritier grevé *plenam fidem & debitum pietatem secutus*, pouvoit nuire aux créanciers & aux tiers-possesseurs ; mais la Jurisprudence de Provence ne le permet pas : l'on a sans doute cru que *plenam fidem* ne pouvoit pas avoir d'application à une fraude telle qu'un héritier la commettoit en restituant par anticipation un fidéicommis sur le revenu duquel ses créanciers auroient droit de se faire payer ; ainsi on ne lui permettroit pas de suivre *debitam pietatem*, qu'autant qu'elle ne porteroit de préjudice qu'à cet héritier grevé, & qu'elle ne nuiroit point à ses créanciers ni autres tiers.

M. DECORMIS, Avocat.

LA restitution anticipée du fidéicommis ne nuit pas selon les Arrêts de Provence aux créanciers & aux tiers-possesseurs, bien que selon la disposition du Droit Romain la restitution anticipée du fidéicommis par l'héritier grevé fût autorisée par la maxime *pleniorem fidem secutus*.

BORDEAUX.

LA restitution anticipée du fidéicommis est appellée par les Loix une exécution plus parfaite de la volonté du défunt, par conséquent elle nuit aux créanciers & aux tiers-possesseurs qui ont pu en prévoir les cas, & qui doivent s'imputer de n'avoir pas mieux pris leurs précautions. Signés, *Gillet* de *Lacase*, *Le Berthon*, *d'Albessard*, *Bigot*, *Jegun*, *Le Moncreau*, *Loyal*, *Dudon*, *Du Vigier* & de *La Tresne*.

BESANÇON.

IL faut convenir que la question rapportée dans cet article a partagé le sentiment des Juges, & c'est pour cela même qu'il paroît plus nécessaire de la décider par une Loi précise ; les uns s'attachant scrupuleusement à la disposition du Droit, ont cru que l'héritier grevé pouvoit restituer par anticipation le fidéicommis dont il étoit chargé, sans qu'il fût censé par là faire fraude à ses créanciers. En effet, l'opinion commune des Docteurs (*a*) qui se sont arrêtés à la disposition du Droit, est que cette restitution peut être faite avant le temps au préjudice des créanciers. *Leg. patrem in ff. quæ in fraudem, &c.....* l'héritier qui restitue par avance

(*a*) Mr. Dolive, liv. 5, chap. 29. Ricard des substit. pag. 2, chap. 10, n. 40 & seq. Henrys, tom. 2, liv. 5, quest. 54. Bretonnier, pag. 674.

BESANÇON.

ne commet pas, disent-ils, de fraude envers les créanciers, *pleniorem tantum defuncto fidem exhibet.*

D'autres estiment que s'il y a des présomptions de fraude plus violentes que celles de la bonne foi, telles que sont celles que Ricard rapporte (*a*), la restitution anticipée ne peut subsister, mais que dans les autres cas elle doit subsister : il y en a qui distinguent entre les tiers-détenteurs & les créanciers, & qui autorisant la restitution faite en faveur des substitués au préjudice des créanciers de l'héritier la rejettent lorsqu'il s'agit des tiers-détenteurs.

Enfin, les derniers (*b*) s'attachant à l'esprit du Droit Français, (lequel par une évidente équité admet les créanciers à se porter héritiers au lieu & place de leurs débiteurs) estiment à plus forte raison que l'héritier grevé ne peut, au préjudice des créanciers, anticiper la restitution d'un fidéicommis dont il a la jouissance. Si l'on en croit *Chorier dans sa Jurisprudence sur Guy Pape*, *p.* 186, c'est la derniere Jurisprudence du Parlement de Grenoble. *Despeysses*, *tom.* 2 *des subsist. sect.* 6, *art.* 3, *pag.* 93 *& n.* 25, dit pareillement qu'il fut arrêté à la Chambre de l'Edit de Castres, que la restitution du fidéicommis à l'avenir ne pourroit plus être faite avant le temps en fraude des créanciers.

Quant à nous, quelques prévenus que nous soyons d'ailleurs pour le Droit Romain, qui nous est proposé même comme une regle que nous devons suivre, nous avons trouvé une si grande justice à ne pas souffrir qu'un débiteur puisse, au préjudice de ses créanciers, renoncer à une succession qui lui est échue, que nous n'avons pas hésité d'adopter cette maxime du Droit Français & d'admettre les créanciers à se porter héritiers au lieu & place de leur débiteur à qui la succession est déférée ; & de ce principe reçu constamment parmi nous, nous croyons qu'il s'ensuit qu'un débiteur peut encore bien moins renoncer au préjudice de ses créanciers à la jouissance d'un fidéicommis, puisque c'est un droit qui par la volonté d'un testateur lui est pleinement acquis, & que si l'intention de celui-ci n'avoit pas été de fixer la durée de la substitution à la vie de l'héritier grevé, il n'auroit pas manqué de s'en expliquer; que si un héritier qui n'ayant pas des créanciers qui ayent compté

(*a*) Ricard des substit. pag 2, chap. 10, n. 59 Basset, tom. 1, liv 5. tit 9, chap. 13. Argou, instit. au dr. franc. tom. 2, ch. 14 Lapeyrere, lett. D, n. 183.

(*b*) Basset, tom. 1, liv. 5, tit. 9, ch. 13. Cambolas, liv. 6, ch. 8.

de

de bonne foi sur les biens à venir ou à lui déja échus, restitue par avance au substitué le fidéicommis, on ne sauroit trop le louer d'avoir accompli l'intention du testateur au-delà des termes mêmes de la disposition ; mais qu'il puisse le faire en justice en faveur de ses enfans ou d'autres, au préjudice de ses créanciers, c'est ce que nous trouvons contraire à toutes les regles de l'équité & à la volonté même du testateur, qui ne lui auroit pas donné une pareille jouissance s'il n'avoit pas voulu qu'elle lui servît, ou à satisfaire aux devoirs de sa conscience, en acquittant par ce moyen des dettes déja contractées, ou à servir de sureté aux créances qu'il pourroit contracter à l'avenir pour subvenir à ses nécessités.

BESANÇON.

Nous sommes d'autant plus confirmés dans ce sentiment, que dans les nouvelles Ordonnances du Roi de Sardaigne (*a*), dont nous avons déja parlé, & qui sont si fort estimées par la sagesse de leurs dispositions, l'art. XXIII du tit. II des fidéicommis décide la question en ces termes, que nous adoptons avec plaisir, & par où nous finissons nos réponses sur cet article.

»Aucune restitution volontaire ni anticipée ne portera jamais »préjudice aux créanciers qui pourront exercer leurs droits sur »les biens substitués jusqu'à ce que la condition soit vérifiée, sans »qu'ils soient aucunement obligés de justifier que cette restitution »a été faite pour les frauder». Ces derniers termes entr'autres nous paroissent très-convenables pour ôter à l'avenir tout sujet de procès. Fait & arrêté le 29 Août 1730. Signés, *Boisot*, *Tinseau*, *Dorol*, & *Boquet* de *Courbouson*.

COLMAR.

CETTE question est décidée en termes formels par les Loix 19 & 20, *ff. quæ in fraudem, &c.* & par les premiere & derniere, *Cod. ad leg. falcid.*

Généralement parlant, un pere qui restitue avant le temps, est censé le faire par affection & non par fraude. *Fidei splendor*, dit Godefroi, *excludit umbram fraudis.* Et *Bruneman* dit, dans le même sens, *præsumptionem fraudis conjunctio sanguinis & pietatis excludit.* Cela étant, nous ne doutons pas que la restitution anticipée du fidéicommis ne nuise aux créanciers, à moins qu'il ne paroisse une fraude manifeste.

(*a*) Ordonnance du Roi de Sardaigne. *Leg.* 5, *tit.* 2, *de fideicom. art.* 23.

COLMAR.

Mais nous sommes d'un avis différent à l'égard des tiers-possesseurs ; car ceux-ci ne sont tenus de déguerpir que lorsque le fidéicommissaire leur intente l'action de l'éviction, laquelle action ne lui compete pas avant le temps d'ouverture prescrit par le fidéicommittant.

Pour nous résumer, nous disons donc que la restitution anticipée & non frauduleuse nuit aux créanciers, & qu'en aucun cas elle ne peut nuire aux tiers-possesseurs. Signés, de *Corbeson*, *Holdt*, *Muller* & *Mulle*.

DIJON.

On estime qu'elle ne peut préjudicier aux tiers-possesseurs par la disposition générale de la *Loi* 10, §. 2, *ff. quæ in fraudem, &c..... nam prætor fraudem intelligit in tempore fieri.* Loi à laquelle aucune autre n'a dérogé pour ce qui concerne les tiers-possesseurs.

La condition de ceux-ci est plus favorable que celle des créanciers, ils sont maintenus en ce Parlement dans leur jouissance, pendant les décrets ils ont la possession actuelle de la chose ; enfin permettre au grevé dont ils tirent ordinairement leur droit de l'anéantir, néanmoins par une remise anticipée, ce seroit lui accorder la faculté de détruire son fait propre par un fait postérieur qui lui seroit personnel, & qui n'auroit d'autre fondement qu'un changement de volonté arbitraire, ce qui semble résister aux principes de la bonne foi, de l'équité & de la justice.

La question est beaucoup plus difficile à l'égard des créanciers : elle a partagé les interpretes, & l'on ne connoît pas d'Arrêt de ce Parlement qui l'ait décidée.

La raison principale de ceux qui veulent écarter tout soupçon de fraude de la remise anticipée du fidéicommis, est qu'au contraire le grevé est censé en cela même marquer plus de bonne foi, & exécuter plus fidélement & plus complétement la volonté tacite du testateur, sur quoi on emploie divers textes.

1°. Ceux qui ne permettent pas aux créanciers de prétendre qu'il y ait de la fraude de la part de l'héritier fiduciaire leur débiteur, sur ce que celui-ci a restitué le fidéicommis en entier sans retenir la quarte Trebellianique : (*a*) mais on répond d'un côté que le défaut de la retention de la quarte n'est qu'une renoncia-

(*a*) *Leg.* 10, *ff. quæ in fraud. creditor. leg.* 1, *& ult. Cod. ad leg. falcid.*

tion à un profit non sujette de droit à l'action Paulienne, (*a*) que d'autre part cette quarte n'est qu'un pur bénéfice de la Loi, (*b*) qui non-seulement ne dérive point de la volonté du testateur, mais y est censée contraire par la Loi même.

DIJON.

On emploie en second lieu la Loi 5, §. *si quis*, *ff. de donat. inter vir. & uxor.* où la raison générale observée ci-dessus sert à la décision qui y est contenue. Quant à la solution tirée de ce que dans l'espece de cette loi il n'est point question de l'intérêt des créanciers, il suffit, dit-on, que la raison de décider soit générale & commune à l'espece dont il s'agit, *ubi eadem ratio, idem jus.*

On emploie enfin contre les créanciers une loi de Papinien (*c*) qu'on soutient spéciale & fondée sur le même motif, *plænam fidem ac debitam pietatem secutus respondi non creditores fraudasse*, mais on prétend sur différens motifs que ce texte doit être réduit à une espece particuliere, sur quoi on peut voir Cujas & *M. Dolive, liv. 5, chap. 29.*

Les Commissaires estiment, que pour prévenir les difficultés qui naissent de ces diverses interprétations, & principalement les fraudes réelles auxquelles les restitutions anticipées des fidéicommis donnent presque toujours lieu, il est plus convenable de réprouver nettement à l'avenir ces restitutions à l'égard des créanciers suivant qu'elles sont sans doute rejettées à l'égard des tiers-possesseurs. Signés, de *Birbisey*, de *La Marre*, *Lantin*, *Basin*, *Normand*, *Mairelet*, de *Minot*, *Thiery* & *Genreau.*

FLANDRES.

Nous croyons que suivant les principes du Droit Romain la restitution anticipée du fidéicommis nuit aux créanciers, à moins qu'il n'y ait quelque présomption qu'elle ait été faite en fraude; néanmoins comme suivant la Jurisprudence moderne il est permis aux créanciers d'accepter les hérédités déférées à leurs débiteurs quoiqu'ils ne veuillent pas les appréhender, comme aussi de faire la demande en détraction de légitime qu'ils auroient négligé, on pourroit par les mêmes principes d'équité qui ont fait franchir les regles du droit dans tous ces cas, statuer par une nouvelle loi que la restitution anticipée ne nuit point aux crén-

(*a*) *Leg. 6, ff. quæ in fraud.*
(*b*) Cujas, *in leg. 19, ibid.*
(*c*) *Leg. 19, ff. quæ in fraudem, &c.*

FLANDRES.

ciers, & il y auroit encore moins de difficulté d'établir la même chose en faveur des tiers-possesseurs. Signés, *Pollinchon*, *Pinault* de *Banneaux*, *Douche* de *Beaulieu*, *Visan:* de *Ponange*, *Curpin*, de *Burges*, *Bissehop*, de *Calonne*, *Vaymel*, *Duparq*.

GRENOBLE.

La restitution anticipée du fidéicommis ne nuit pas aux créanciers, ni aux tiers-possesseurs. Signés, de *Gramont*, premier Président, de *Beauvais*, *Garnier*, *Dalmas*.

METZ.

La restitution anticipée du fidéicommis ne peut nuire aux créanciers ni aux tiers-possesseurs. Signés, de *Montholon*, *Pierre* de *Lange*, *Bertrand*, *Muzac*, *Le Goulon*, de *Champel*, *Lançon* & *Bonneau*.

PAU.

Nous n'avons pas trouvé que la question se soit présentée dans ce Parlement; mais nous croyons qu'à l'égard des tiers-possesseurs, la restitution anticipée ne peut leur nuire; mais à l'égard des créanciers il y a eu différence d'avis parmi les Commissaires.

Quelques-uns ont cru que la restitution anticipée du fidéicommis ne pouvoit nuire aux créanciers en aucun cas, parce qu'il n'y en a aucuns dans lesquels elle ne soit frauduleuse à leur égard, puisque volontairement le débiteur leur ôte la seule ressource qu'ils avoient pour être payés de leurs créances.

Mais le plus grand nombre a cru qu'il falloit excepter la restitution faite par le pere à son fils en faveur de son mariage : il est naturel qu'un pere puisse faire cette restitution à son fils pour lui procurer un mariage considérable dont cette restitution fait une condition nécessaire, & le pere dans ce cas n'est pas présumé avoir voulu frauder ses créanciers; mais il se dépouille lui-même pour procurer l'avantage de son fils & de sa famille. Signés, de *Gaubert*, premier Président, de *Casaux*, *Mignon*, *Dedoat*, *Desclaux*, *Mesplés*, *Bordenave*, *Dejean*, *Lesan*, *Bonnecase*, *Casenave* & de *Caseaux*.

M. DE GAUBERT, premier Président.

HENRYS, *tom.* 2, *liv.* 5, *quest.* 54, discute la question, & Bretonnier dans ses Observations encore plus exactement; ils établissent en these que celui qui est chargé d'un fidéicommis, peut anticiper & le rendre avant le temps, les créanciers ne pouvant l'empêcher. *Peregrinus*, *de fideicommiss. art.* 2, *n°.* 51, cite presque tous les Auteurs qui ont traité la question.

M. Dolive, *liv.* 5, *chap.* 29, *Cambolas*, *liv.* 6, *chap.* 8, établissent solidement que le fidéicommis peut être anticipé.

PAU.
M. DE GAUBERT.

Marie Ricard, *traité des substit. directes* & *fidéicom. part.* 2, *chap.* 10, *n°.* 40, estime aussi que la délivrance du fidéicommis peut être anticipée, appuyant son sentiment comme les autres Docteurs & les Arrêtistes sur la Loi *patrem* 19 du célebre Papinien, *ff. quæ in fraudem creditor. Patrem qui non expectata morte sua fideicommissum hæreditatis maternæ filio soluto potestate restituit omissa ratione falcidiæ plenam fidem ac debitam pietatem secutus exhibitionis respondi non creditores fraudasse.* Dictâ Leg. 19.

Le Jurisconsulte *Calistratus*, *leg. debitorem* 20, *Cod. tit. debitorem qui ex S. C. Trebell. totam hæreditatem restituit, placet non videri in fraudem creditorum alienasse portionem quam retinere potuisset sed magis fideliter facere.* Dictâ Leg. debitorem 19. L'on présume de la piété & de l'affection des parens qu'ils s'empressent de faire la restitution du fidéicommis, aussi-tôt qu'ils trouvent cette occasion favorable d'établir leurs enfans capables de faire honneur à la famille, soutenir leur nom & la maison; cette anticipation n'est point présumée faite en fraude des créanciers, mais pour satisfaire plus promptement & plus fidélement à la volonté du défunt.

Les Docteurs & les Arrêts font quelque distinction. 1°. Entre la ligne directe & la collatérale : la restitution anticipée d'un fidéicommis à ses enfans est légitime & très-favorable, §. *plenam fidem ac debitam pietatem secutus, non creditores fraudasse.* Dictâ Leg. 19.

Pour la restitution anticipée en faveur des collatéraux, comme l'affection n'est pas égale à celle des peres & aïeuls, l'on ne présume point qu'elle se fasse par des motifs aussi pieux; l'on pense au contraire que c'est pour nuire aux créanciers de l'héritier, lesquels l'on prive par cette voie de la jouissance des biens sujets au fidéicommis. Arrêt conforme à cette distinction du Parlement de Bordeaux du 6 Mars 1666, sur un procès évoqué du Parlement de Provence, rapporté par *Lapeyrere lettre S*, *n°.* 214. L'Annotateur sur Lapeyrere ajoute que cette différence de la ligne collatérale d'avec la ligne directe n'a nul fondement, Lapeyrere s'étant trompé sur cette distinction, & il rapporte deux Arrêts du 14 Février 1671, & 15 Mai 1673, qui ont jugé contre les créanciers, que le pere pendant la vie avoit pu remettre le fidéicommis à son fils. Jurisprudence pour la ligne directe.

PAU.

La seconde distinction pour la restitution anticipée : l'on distingue entre les simples créanciers & les acquéreurs & tiers-possesseurs des biens du fidéicommis : les créanciers ne peuvent point empêcher l'effet de la restitution anticipée, mais le fidéicommissaire par une semblable restitution ne peut déposséder les acquéreurs & tiers-possesseurs avant le décès de l'héritier grevé. Cette distinction est autorisée par les Arrêts du Parlement de Toulouse, *M. Dolive*, *liv.* 5, *chap.* 29, *M. Cambolas*, *liv.* 6, *chap.* 8.

Cette distinction des créanciers & tiers-possesseurs est suivie au Parlement de Grenoble. *Basset*, *tom.* 1, *liv.* 5, *tit.* 9, *chap.* 13. Même distinction au Parlement de Bordeaux. *Lapeyrere*, *lettre S*, *n.* 214. *Basset*, dans l'endroit cité, & *Ricard*, *des Substit. dir. & fideic. tr.* 3, *chap.* 9, *n.* 59, disent que si les présomptions de fraude sont évidentes, comme si l'héritier ne fait la restitution qu'après que les biens ont été hypothéqués & engagés, ou qu'après une saisie de ses créanciers, dans ce cas l'action Paulienne révocatoire doit avoir lieu en faveur des créanciers; dans ce cas l'on ne peut présumer de la bonne foi dans cet héritier grevé, sous prétexte de bonne volonté présumée du testateur pour anéantir des engagemens que cet héritier a fait lui-même, & pour faire passer ses biens à ses enfans & autres proches au préjudice des créanciers.

Henrys, *tom.* 2, *liv.* 5, *quest.* 54, rapporte un Arrêt du Parlement de Paris du 31 Mai 1636. Jugé que les créanciers de l'héritier grevé n'avoient pu faire révoquer la restitution anticipée du fidéicommis comme frauduleuse : autre Arrêt du Parlement de Paris en Février 1671, rapporté par *Ricard* au profit de Mr. le Prince de Condé, n. 58.

Marie Ricard, *n.* 61, établit d'ailleurs par de puissantes raisons que la restitution anticipée du fidéicommis faite par l'héritier est irrévocable & incommutable à son égard. On la regarde comme un effet de la paction secrete entre le testateur & l'héritier grevé; ensorte que si le fidéicommissaire décede avant l'héritier grevé qui s'est dépouillé, ce fidéicommissaire transmet les biens du fidéicommis à ses héritiers, au préjudice de l'héritier fiduciaire, qui ne peut l'empêcher n'étant point reçu à se répentir de la générosité qu'il a exercée, & de ce que par une bonne foi surabondante, il a voulu exécuter la volonté du testateur avec un zele prématuré & une fidélité peu exacte; que les soupçons

de fraude s'évanouissent dans la restitution anticipée du fidéicommis d'un pere à son fils. *Plenam fidem ac debitam possessionem secutus.* La présomption de la bonne foi l'emporte sur les soupçons de fraude, sur quoi *Godefroy* observe, & dit sur cette Loi 19, *ff. quæ in fraud. creditor. fideicom. splendor excludit umbram fraudis.* Cependant *Boniface*, tom. 2, tit. 2, chap. 1er. & 13, rapporte deux Arrêts du Parlement de Provence du 30 Juin 1633, & 15 Avril 1666; celui-ci en faveur de François Henry de Montmorency, Seigneur de Bacteville, qui avoit jugé que les restitutions anticipées du fidéicommis ne sont point valables au préjudice des créanciers.

Les distinctions faites par *Me. Bretonnier sur Henrys* sont très-solides : la restitution anticipée du fidéicommis du pere à ses enfans paroît légitime & très-favorable. L'affection présumée écarte tout soupçon de fraude, au lieu que cette restitution en faveur des collatéraux n'étant point soutenue de la présomption d'une pareille affection, cette restitution anticipée paroît affectée pour nuire aux créanciers. La seconde distinction en faveur des tiers-possesseurs paroît aussi judicieuse, lesquels ne doivent être dépossédés avant le décès de l'héritier grevé par la Jurisprudence uniforme de tous les Parlemens.

La seule difficulté que nous trouvons regarde la restitution anticipée en faveur des enfans. Il semble d'une premiere vue que lorsqu'on a de justes motifs fondés sur une loi prise dans les sentimens de la nature, on ne doit point présumer la fraude; cependant l'on peut dire du pere qui remet par anticipation le fidéicommis à son fils, ce qu'on pense d'un collatéral, que le pere héritier qui a droit de jouir du fidéicommis durant sa vie, & lequel sur la foi de cette possession trouve de l'argent dans les besoins, & contracte des hypotheques, fait un tort & un préjudice à ses créanciers en se dépouillant des biens compris au fidéicommis par restitution anticipée, & lorsqu'il se met volontairement hors d'état d'acquitter ses dettes il commet une injustice, étant au contraire plus raisonnable qu'un fils substitué souffre le retardement de la substitution du fidéicommis, qui naturellement ne lui est acquis que par le décès du pere, héritier grevé, & non que des légitimes créanciers qui ont prêté à cet héritier sur la foi d'une reprise sur les fruits & revenus des biens compris au fidéicommis soient privés de cette ressource & perdent leurs créances.

Par toutes ces réflexions nous estimons que la restitution anti-

PAU.
M. DE GAUBERT.

cipée du fidéicommis ne peut nuire aux créanciers ni aux tiers-possesseurs. Nous croirions néanmoins, pour ne pas abandonner absolument d'une part l'équité prise dans la nature, qu'on démêle dans la Loi *patrem* 19, *ff. quæ in fraudem creditor*, ni la Jurisprudence uniforme de tous les Parlemens, qu'il paroîtroit juste d'excepter un cas, savoir, lorsque le pere, mariant son fils, fait la restitution anticipée du fidéicommis dans le contrat de mariage; l'on présume que dans une pareille occasion l'affection & la tendresse du pere se reveillant dans toute son étendue pour procurer à son fils un honorable & utile mariage, sans nul dessein de fraude contre ses créanciers, il oublie ses propres intérêts & se dépouille, tournant ses vues au seul avantage de son fils qui sont celles du testateur substituant, de soutenir & même augmenter l'état de sa maison & de ses descendans, que dans ce cas seulement la restitution anticipée du fidéicommis peut nuire aux créanciers du pere héritier ou substitué grevé.

ROUSSILLON.
Avis de Mr. Regnés, Avocat Général.

QUELQUE difficulté qu'il y ait dans la Jurisprudence des Parlemens, & quelque variété qui se trouve dans l'opinion des Docteurs sur la décision de cette question, elle paroîtra pourtant toute simple & sans difficulté, dès que pour la déterminer on suivra le principe des Loix particulieres à cette matiere, & que pour résoudre les objections on entrera dans l'esprit des Loix employées pour les former, & on observera les changemens qu'il y a eu dans leurs dispositions.

Il faut supposer comme un principe incontestable que l'homme, par les dettes qu'il contracte & par les aliénations qu'il fait, oblige, envers les créanciers & l'acquéreur, nonseulement tous les biens qui lui appartiennent au temps du contrat, mais encore tous ceux qu'il acquerra de quelque espece qu'ils soient : de cette obligation vient la défense que les Loix lui font de se dépouiller des biens qu'il a en main, ni de les diminuer par des remises, dons, abandons, ou par tout autre titre gratuit & purement lucratif pour celui à qui il voudroit les faire passer, dès que ces aliénations l'empêcheroient de remplir les obligations qu'il a précédemment contractées, & pour cet effet ces aliénations sont déclarées nulles (*a*).

(*a*) *L.* 1, 2, 3, 4 *&* 5, *ff. quæ in fraudem cred.*

Les

Les Loix lui permettent, à la vérité, de ne pas acquérir, il peut répudier une hérédité & ne pas accepter un legs, renoncer à un droit que la disposition de l'homme ou même celle de la Loi lui offrent (*a*); mais s'il l'a une fois acquis, s'il a dit..... l'hérédité, accepté le legs, ou usé du droit qui lui est déféré, il ne lui est plus permis de s'en défaire.

Le Droit Romain, regardant comme autant de fraudes les aliénations de cette espece, accorde aux créanciers l'action Paulienne pour les révoquer comme faites à leur préjudice, & ce quand bien même ceux qui auroient reçu ces libéralités n'auroient aucunes connoissances du dessein que celui de qui ils les tiennent avoit de frauder ses créanciers (*b*); de sorte que pour présumer la fraude, en ce cas la Loi ne requiert que la seule insuffisance des biens du débiteur causée par ces aliénations.

La prohibition d'aliéner au préjudice des créanciers n'est pas bornée aux seuls biens immeubles ou corporels; elle s'étend encore jusques aux incorporels qui ne consistent que dans un droit, tels que sont les actions, les servitudes, l'usufruit (*c*); elle comprend même le profit que le débiteur auroit pu tirer de l'argent qu'il payoit avant le terme échu à un créancier légitime (*d*).

Il suit des regles établies par ces Loix, que la restitution anticipée d'un fidéicommis emportant la privation d'une jouissance acquise au grevé, & même d'un domaine à la vérité révocable, mais dont la révocation pouvoit ne pas avoir lieu, ne peut être valablement faite au préjudice des créanciers & des tiers-acquéreurs, parce qu'elle empêcheroit les premiers de porter la main pour le paiement de leurs créances, sur les fruits que le grevé auroit pu retirer des biens fidéicommissés, & les derniers de jouir du bien qu'ils ont acquis de l'héritier grevé pendant tout le temps qu'il auroit pu en jouir lui-même.

La Loi *patrem* 19, *ff. de his quæ in fraudem creditor*, ne peut être valablement employée pour soutenir une opinion contraire,

---

(*a*) *Leg. 6, ff. eod.*

(*b*) *Simili modo dicimus si cui donatum est, non esse querendum an sciente eo cui donatum gessum sit, sed hoc tantum an fraudentur creditores. Dictâ L. 6, § 2, ff. eod.*

(*c*) *Aut usumfructum vel servitutem amitt. Leg. 3, §. 2, ff. eod.*

(*d*) *Si cum in diem mihi deberetur fraudator præsens solveret dicendum erit in eo quod sensi commodum in repræsentatione in factum actioni solum fore nam Prætor fraudem intelligit & jam in tempore fieri. L. 10, ff. eod.*

ROUSSILLON.

parce qu'en ſuppoſant que la déciſion qu'elle préſente comprenne outre la remiſe de la trebellianique la reſtitution du fidéicommis, ce qui eſt très-douteux, cette déciſion ne peut être étendue à aucune autre eſpece qu'à celle qui y eſt propoſée, ni donner pour regle depuis les changemens que les Empereurs ont fait dans le Droit Romain. Les enfans qui étoient ſous la puiſſance paternelle ne pouvoient rien acquérir pour eux, mais tout appartenoit à leur pere (*a*). Les Loix qui vouloient favoriſer l'exécution de la volonté des teſtateurs avoient nonſeulement permis d'ordonner des ſubſtitutions & des fidéicommis au profit des enfans pour leur être rendus lorſqu'ils ſeroient capables d'acquérir pour eux-mêmes, c'eſt-à-dire qu'ils ſeroient dégagés de la puiſſance paternelle, mais encore dans tous les cas où la reſtitution étoit marquée au temps de la mort de leur pere ; elles vouloient qu'elles leur fuſſent faites dès qu'avant cette mort ils ſe trouveroient délivrés de ſa puiſſance ; que ſi l'émancipation faiſoit la condition de la reſtitution, elles ordonnoient que la condition fût cenſée accomplie dès que leur pere mourroit, bien qu'ils ne fuſſent pas émancipés auparavant (*b*).

La diſpoſition de ces Loix étoit fondée ſur cette préſomption, que la principale vue du teſtateur étoit de faire parvenir les biens à ſes enfans, & que l'inſtitution d'héritier en perſonne d'un autre (fut-ce leur pere) n'étoit qu'un moyen que le défaut de liberté de pouvoir les inſtituer directement lui avoit fait prendre pour les leur procurer lorſqu'ils ſeroient capables d'acquiſition ; c'eſt dans cette vue que pour ménager à la fois & les droits qui étoient attachés à la puiſſance paternelle & le reſpect religieux que les Loix avoient pour la volonté des mourans, elles ordonnoient que les biens fidéicommiſſés ſeroient reſtitués aux enfans ſubſtitués dès le moment qu'ils ſeroient capables d'acquérir par eux-mêmes, ſoit que ce moment arrivât avant celui que le teſtateur avoit marqué, ſoit que cette capacité leur vînt par tout autre moyen que celui qu'il avoit déſigné.

Après cette diſpoſition formelle des Loix, il eſt aiſé de comprendre que la reſtitution que le pere (qui n'étoit chargé de rendre qu'après ſa mort) faiſoit à ſes enfans en les émancipant n'étoit

(*a*) §. 1°. *inſtit. per quas perſonas nobis acquir. L. placet* 79, *ff. de acquir. vel amitt. hæred.*

(*b*) *Leg.* 3, *cod. de inſtit. & ſubſtit.*

point prématurée, parce qu'elle étoit faite au terme que la Loi ordonnoit en conformité de la volonté du testateur; que conséquemment elle ne pouvoit être regardée comme faite en fraude des créanciers, soit parce qu'elle étoit d'obligation, & que l'héritier ne pouvoit se dispenser alors de la faire, soit parce que les créanciers ne pouvoient pas se dire frustrés par la restitution d'un bien duquel la Loi dépouilloit leur débiteur dès le moment de l'émancipation de leurs enfans.

Telles sont les circonstances de la Loi *patrem* (*a*); c'est une mere qui ne pouvant faire parvenir à droiture ses biens à son fils qui étoit sous la puissance de son mari, institue ce dernier à la charge de le rendre, lorsqu'il mourra, à son fils; ce pere, héritier grevé, au lieu d'attendre sa mort, ayant émancipé ce fils, lui restitue les biens & lui remet la trebellianique. Le Jurisconsulte ayant égard aux regles qui veulent que le jour de la restitution soit censé arrivé lors de l'émancipation, tout comme si le pere étoit décédé, décide qu'elle ne peut être regardée comme faite en fraude des créanciers, parce que le pere en émancipant son fils & se mettant par là en obligation de restituer, tout comme en ne retenant pas la trebellianique, agit fidélement en répondant avec générosité à l'espérance de la testatrice, *plenam fidem ac debitam pietatem secutus*, pour marquer par ces derniers termes que dans ce cas le pere remplit, outre la fidélité que tout héritier peut devoir aux desirs du testateur, les sentimens singuliers que l'affection conjugale & la tendresse paternelle exigeoient de lui, en mettant au plutôt son fils en état de recevoir, & en lui faisant passer en même temps toute entiere & sans diminution la libéralité que sa mere auroit souhaité pouvoir lui faire en droiture & immédiatement dès qu'elle mourut, si la disposition des Loix ne l'en avoient empêchée.

C'est sur ces principes que *Cujas*, sur cette Loi, reconnoît que la restitution qui y est considérée n'est pas une donation que le pere fasse, ni le paiement anticipé d'une dette, mais l'acquit d'une dette présente & dont le jour est arrivé. *Est præsentis debiti solutio, non donatio non repræsentatio debiti collati in diem, vel in conditionem;* & dans son appendix ajouté à l'édition de 1658, après avoir dit que la mere qui ordonne la restitution du fidéicommis

(*a*) *Leg.* 19, *ff. quæ in fraud. creditor.*

ROUSSILLON.

lors de la mort du pere qu'elle a institué héritier, veut aussi qu'elle soit également faite lorsque le fils sera délié de quelle maniere que ce soit de la puissance paternelle, il ajoute, *ergo post emancipationem ei restituenda est hæreditas si restituatur ut debita restitutus si repræsentaretur fraus fieret creditoribus in tempore at hic fraus fieri negatur quoniam restituitur debita hæreditas non repræsentatur.*

Or si suivant les circonstances de cette espece la restitution n'est pas censée gratuite, mais faite par obligation & par devoir, & si elle n'est pas réputée en fraude des créanciers que parce qu'elle est faite au temps que les Loix déclarent que le testateur avoit principalement en vue, bien loin que cette Loi favorise les restitutions anticipées, elle prouve, 1°. Que la restitution qu'on peut y considérer étant faite à son terme, n'est ni prématurée ni gratuite, mais nécessaire & d'obligation. 2°. Que supposé qu'elle fût prématurée, elle ne pourroit servir d'exemple que dans les fidéicommis ordonnés au profit des enfans qui seroient sous la puissance du pere, mais non pas de regle dans ceux qui seroient faits en faveur de tout autre substitué dont la personne ne fourniroit pas la même présomption; ce qui ne seroit jamais suffisant pour établir une regle qui autorisât en général la restitution prématurée de tout fidéicommis au préjudice des créanciers.

Mais quelle que soit l'application qu'on pouvoit faire anciennement de la disposition de cette Loi, & quelle induction qu'on pût en tirer alors, les changemens qui ont été faits postérieurement dans le Droit Romain, font que sa décision ne peut plus aujourd'hui être alléguée, ni comme une regle, ni comme une limitation de la regle dans des especes qui seroient semblables.

En effet, par la constitution de Justinien (*a*) étant permis au testateur nonseulement d'instituer héritiers les enfans qui sont sous la puissance du pere, mais encore de priver leur pere de jouir ni de retirer aucune portion ni avantage des biens qu'on veut leur faire parvenir, cette liberté qui détruit la présomption qui servoit de fondement aux Loix anciennes pour regarder comme sans fraude une restitution, que l'événement du jour auquel elles ordonnoient être faites rendoit nécessaire, & qui ne privoit pas le débiteur héritier d'aucun bien qu'il eût droit de retenir après ce terme, fait qu'au-

(*a*) *Authent. excipitur cod. de bonis quæ liber. & Novell.* 117, *unde desumpta.*

jourd'hui on doit réputer comme prématurée & conséquemment comme frauduleuse toute restitution que l'héritier fait avant le temps qu'il a plu au testateur de fixer, parce qu'étant gratuite & ne pouvant être forcée, elle contient une libéralité par laquelle l'héritier se dépouille d'une jouissance qu'il avoit droit de continuer, & parce que le testateur ne peut la lui avoir accordée qu'en vue de la préférer aux enfans qu'il substitue, ni avoir différé le terme de la restitution que pour l'en faire jouir à leur exclusion pendant tout ce délai ; ce qui prouve, avec évidence, que le motif de la Loi *patrem* & des autres Loix anciennes qui approuvoient la restitution d'un fidéicommis en faveur des enfans de famille faite avant le jour marqué par le testateur, ne peuvent plus servir de regle dans des especes même pareilles ; mais qu'il faut pour en juger suivre les principes généraux de l'Edit du Prêteur qui réprouvent toute diminution du bien du débiteur, soit en propriété, soit en jouissance, dès qu'elles causent le moindre préjudice aux créanciers.

Cette réponse sert encore à découvrir l'erreur de ceux (*a*) qui veulent que, parce que la fraude n'est pas présumée, on doit supposer dans la restitution du fidéicommis prématuré que l'héritier la fait plutôt pour exécuter avec fidélité la volonté du défunt qui lui est connue, que pour faire préjudice à ses créanciers ; car outre que c'est attribuer sans nécessité au défunt une volonté contraire à celle qu'il a exprimée clairement & avec toute liberté, & faire présumer dans l'héritier une autre connoissance que celle que le testament présente ; c'est encore prouver la volonté du testateur par le seul fait de l'héritier, & justifier le fait de l'héritier par une supposition qui est démentie, & par la liberté que le testateur avoit de faire passer en droiture ses biens au substitué à l'exclusion de l'héritier, & par lesquels sa disposition est conçue, ce qui sont autant de singularités & même de contradictions qui démontrent la fausseté de l'obligation.

La restitution considérée dans la Loi *patrem*, & ordonnée dans les autres Loix, étoit une suite nécessaire de l'émancipation, & cette nécessité qui en faisoit la justice trouvoit son fondement dans les mêmes Loix, lesquelles en voulant qu'il fût présumé que le jour de la restitution étoit arrivé par l'émancipation des enfans

(*a*) Ricard, des donations, tom. 2, tr. 3, chap. 10, part. 2, n. 48.

ROUSSILLON.

substitués, justifioit la conformité du fait de l'héritier avec la volonté du testateur; mais le fondement de cette présomption cessant aujourd'hui, on ne sauroit aussi alléguer aucune Loi qui détruise la présomption de fraude qui accompagneroit une restitution faite avant le temps marqué dans le testament.

Après tout, si le seul témoignage de l'héritier devoit prévaloir à celui que le testateur a laissé par écrit, il est évident que ce seroit laisser à tout héritier, chargé de rendre, une entiere liberté de frauder ses créanciers impunément, raison qui devroit suffire seule pour faire rejetter cette opinion.

Quoiqu'on ait supposé que par la décision contenue dans la Loi *patrem*, le Jurisconsulte prononce sur la validité de la restitution du fidéicommis faite par le pere, il est cependant très-vraisemblable que le Jurisconsulte n'a eu en vue que de prononcer sur la seule question de la remise de la trebellianique; car outre qu'il ne donne pour raison de la décision que celle de la fidélité de l'héritier, *plenam fidem ac debitam charitatem secutus*, qui est la même que le Jurisconsulte Ulpien & Calixtratus (*a*) emploient pour décider cette même question de la remise de cette trebellianique, cette raison ne sauroit convenir à la restitution prématurée d'un fidéicommis.

La fidélité de l'héritier qui remet la trebellianique n'est reconnue par la loi & ne lui sert de motif, que parce que l'héritier en faisant cette remise ne se prive pas d'un bien qui lui fût acquis; il ne fait que renoncer à celui qu'il pouvoit acquérir, ce qui lui est permis de faire impunément, (*b*) & il en est de la trebellianique comme d'un legs, il faut qu'il soit accepté pour appartenir; (*c*) or ce n'est que parce que l'héritier n'accepte pas la trebellianique, ou qu'il la remet avant de l'avoir acceptée que la loi reçoit sa remise en l'attribuant à sa fidélité pour les desirs du testateur *plenam fidem*, & que quand c'est un pere chargé par sa femme envers un fils, elle ajoute à la fidélité l'affection conjugale & la tendresse paternelle *ac debitam charitatem secutus*;

(*a*) *Leg.* 5, §. 15, *ff. de donat. inter vir. & uxor. Leg.* 20, *ff. quæ in fraud. creditor.*

(*b*) *Pertinet ad. ctum ad diminuentes patrimonia., non ad eos qui id agunt ne locupletentur. Leg.* 6, *ff. quæ in fraud. credit.*

(*c*) *Quamvis legatum retro nostrum sit nisi repudietur, attamen cum repudiatur retro nostrum non fuisse palam est. Leg.* 1, §. 6, *ff. quid in fraud. patron.*

mais s'il l'avoit une fois acceptée, ou si après l'avoir retenue il vouloit la restituer sous prétexte de remise, comme faisant partie du fidéicommis, la loi n'auroit plus d'égard à cette fidélité ni à cette affection, parce qu'il se priveroit par là d'un bien qui lui est acquis & qui lui est devenu propre, ce que la loi condamne comme fait en fraude des créanciers. *Pertinet edictum ad diminuentes patrimonia non ad eos qui id agunt ne locupletentur.* D'où il suit avec évidence, que la restitution anticipée du fidéicommis privant l'héritier non-seulement d'une jouissance qui lui étoit acquise, mais encore de la propriété des biens qui quoique révocable sous condition, pouvoit néanmoins selon les différens événemens n'être pas sujette à révocation, *quia posset prius substitutus mori*, (*a*) la raison de fidélité & d'affection ne sauroit être employée pour la justifier; comme elle ne pourroit l'être pour soutenir la remise ou la restitution de la trebellianique, si elle avoit été une fois acceptée ou retenue, & par là acquise à l'héritier.

Si cette raison de fidélité & d'affection ne peut convenir à la restitution prématurée du fidéicommis, il faut conclure que le Jurisconsulte n'en rapportant point d'autre dans la Loi *patrem*, n'a pas entendu prononcer sur cette question, mais seulement sur la remise de la trebellianique par laquelle le pere ne se dépouilloit point d'un bien qui lui fût déja acquis. Ceux qui soutiennent la validité des restitutions prématurées au préjudice des créanciers, (*b*) disent encore pour fonder leur opinion, que l'Edit du Prêteur qui révoque les aliénations gratuites ne peut être étendu à la restitution des fidéicommis, parce que dans le cas des Loix (qui rapportent l'application de cet Edit) il s'agissoit des droits appartenans aux débiteurs qui en faisoient l'aliénation, au lieu que l'héritier chargé de rendre ne possede pas tant pour lui que pour ceux auxquels il est obligé de restituer, alléguant en preuve la Loi *unum ex familias* 67, §. 1, *ff. de leg.* 1°, où il est dit que l'héritier chargé de rendre à sa mort à un d'entre plusieurs éligibles, lui legue en vain les biens fidéicommissés, & que cela ne sera point sujet au retranchement de la falcidie, auquel la disposition de cet héritier pouvoit donner lieu, parce que la nécessité de restituer empêche de regarder ce legs comme une chose dont il peut disposer *quid est enim quod de suo videatur*

(*a*) *Leg.* 18, §. *fin. ff. de jure fisci.*
(*b*) Ricard, *ubi supra.* Dolive, quest. not. liv. 5, chap. 29, n. 9.

ROUSSILLON.

reliquisse qui quod reliquit omnino reddere debuit ; mais l'argument est erroné, & l'application qu'on fait de cette loi aussi fausse que son espece est étrangere à la question. L'erreur vient de ce qu'on suppose que les biens fidéicommissés n'appartiennent pas à l'héritier grevé, & le peu de justesse de l'application de la Loi, de ce qu'on raisonne du bien sujet au fidéicommis avant l'événement du jour ou de la condition, de la même façon que la loi en parle après la condition remplie, ou le jour de la restitution arrivé.

L'héritier chargé de rendre à sa mort ou sous condition, ce qui revient au même, (*a*) possede si fort pour autrui & avec tant de plénitude de droit qu'il a le libre exercice de toutes les actions; il peut vendiquer ce qui est dépendant du fidéicommis, sans que le possesseur qu'il attaque puisse lui opposer qu'il est chargé de rendre. (*b*) S'il s'agit de défendre les biens, c'est lui seul qui en a le droit & qu'il est nécessaire d'appeller en jugement; (*c*) enfin il peut vendre & aliéner, & ses aliénations sont valables sans pouvoir être impugnées par le fidéicommissaire, tant que la condition ou le jour de la restitution ne sont pas arrivés, (*d*) & si la condition vient à manquer ou le substitué à mourir avant le jour marqué pour la restitution, la substitution est comme si elle n'avoit jamais été ordonnée. (*e*) Il n'y a que le seul cas d'une dissipation ou malversation frauduleuse qui tendît à rendre l'espérance du fidéicommis inutile, comme dans l'espece singuliere de la Loi *Imperator* 50, *ff. ad Trebellianum*, où le fidéicommissaire ait droit d'attaquer l'administration de l'héritier grevé; mais hors de cette exception, la regle reste dans toute sa force, le grevé ayant avec le plein domaine le libre exercice de toutes actions.

Si la Loi 67, §. 1, *ff. de legat.* 1°, dit que le bien fidéicommissé n'est pas de l'héritier grevé, ce n'est que parce qu'elle le considere après l'avénement de la condition sous laquelle la restitution devoit être faite; auquel temps il est vrai que le bien cesse de lui appartenir, & que l'obligation qu'il avoit de le restituer rend inutile les legs qu'il auroit pu en faire; d'où il suit que le bien ne lui appartenant plus, & la disposition qu'il en a faite ne pouvant

(*a*) *Leg.* 1, §. 2, *ff. de condit. & demonst.*
(*b*) *Leg.* 66, *ff. de rei vindic.*
(*c*) *Leg.* 1, §. 14, *ff. de inspic. ventre.*
(*d*) *Leg.* 3, §. *in autem*, *Cod. comm. de legat. L. unic.* §. 7, *Cod. de cad. tol.*
(*e*) *Leg.* 48, § *final. ff. de jur. fisci.*

être

être par là regardée comme une de ses libéralités, ne sauroit aussi être sujet au retranchement de la falcidie auquel son testament pourroit donner lieu par rapport à ses biens propres; mais dans la question de la restitution prématurée d'un fidéicommis, la condition ou le jour n'étant pas arrivés, le bien ne peut être considéré que comme appartenant à l'héritier grevé, *quia posset priùs substitutus mori.* Ce qui, en établissant une différence essentielle entre les deux especes, démontre l'erreur de la supposition que l'héritier ne possede pas tant pour lui que pour le substitué, rend la comparaison défectueuse, & exclut l'application de la Loi *unum ex familia.*

ROUSSILLON.

Ces motifs, qui découvrent avec évidence l'erreur de l'opinion, qui favorise les restitutions faites avant le temps au préjudice des créanciers & des tiers-possesseurs, démontrent la solidité de l'opinion contraire, en faisant voir qu'elle est plus conforme à l'esprit & aux regles des Loix qui défendent toutes aliénations gratuites, entre lesquelles la restitution prématurée du fidéicommis doit être nécessairement comprise, puisqu'elle prive l'héritier grevé du bien qui lui appartenoit, & d'une jouissance qu'il avoit un droit incontestable de continuer.

TOULOUSE.

La restitution anticipée du fidéicommis nuit aux créanciers & aux tiers-possesseurs, parce qu'elle ne peut être regardée comme une libéralité de la part de celui qui est chargé de rendre (*a*). *Quid enim est quod de suo videatur reliquisse, qui quod reliquit omni modo reddere debuit?* Les créanciers & les tiers-possesseurs ne peuvent donc pas opposer qu'elle est faite à leur préjudice, & pour les priver en tout ou en partie de ce qui leur est dû. *Debitorem qui ex Senatus C. Trebelliano totam hæreditatem restituit, placet non videri in fraudem creditorum alienasse portionem quam retinere potuisset, sed magis fideliter facere.*

De ces principes il faut nécessairement conclure que la restitution anticipée du fidéicommis nuit aux créanciers & aux tiers-possesseurs qui ne sont pas plus favorables à cet égard que les créanciers. Signés, le *Président Daspe*, *Comere* de *Labastide*, *Pegueyroles*, *Bastard*, de *Catellan-Lamasquere*, *Azemar*, *Cassand*,

(*a*) Dolive, liv. 5, chap. 19. Carellan, liv. 2, chap. 45. *Leg. si sponsus*, §. *si quis rogatus*, *ff. de donat. inter vir. & uxor. Leg. unum ex familia*, *ff. de legat.* 2. *Leg.* 19 *&* 20, *ff. quæ in fraud. creditor.*

TOULOUSE. *Aymar*, *Caussade*, de *Celés*, *Parasa*, *Daspe* de *Meilhan*, & *Le Masuyer*, Procureur Général.

PARIS. M. le Procureur Général.

CETTE question est une de celles qui, différemment décidées suivant les différentes vues de ceux qui les agitent, semblent mériter une nouvelle Loi, par laquelle il soit enfin déterminé si l'on doit s'attacher dans la restitution anticipée à la vue générale de celui qui a formé la substitution plutôt qu'à la liberté du commerce; si l'on doit la regarder plutôt comme l'effet d'une fidélité plus grande à l'esprit du substituant, que comme une fraude qui se trouve dans l'acte même par rapport à l'intérêt d'autrui?

Ce qui rend la question plus difficile, c'est que nonseulement on oppose l'esprit du Droit coutumier à celui des Loix Romaines; mais qu'on prétend y avoir même un combat entre ces Loix, que Cujas paroît contraire à presque tous les autres Auteurs, qu'il se trouve enfin une division de sentimens entre les Cours qui ont été consultées.

Au milieu de tant de motifs de décision si opposés les uns aux autres, on se prête en vain à la faveur des substitutions, à celle qui nait de l'exécution de la volonté du substituant, à la piété pour ainsi dire du grevé qui préfere la volonté de son bienfacteur à son propre intérêt; bientôt on sent renaître dans le cœur cette bonne foi qui est l'ame de la société civile & le principe de tous les engagemens; & on ne peut se persuader que sous le prétexte d'une volonté qu'on exécute avant le temps, on puisse impunement évincer des tiers-détenteurs, ou enlever des hypotheques au préjudice des possesseurs ou des créanciers de bonne foi, qui ont compté sur un engagement prolongé jusqu'à la mort du grevé, & non sur un engagement dépendant de sa volonté.

On dira à la vérité que la Loi étant faite, ce sera aux détenteurs & aux créanciers à s'imputer s'ils ont contracté avec un homme qui avoit la faculté de rendre inutile son engagement; mais on peut en dire autant des Loix les plus injustes, quand elles ont été une fois établies. Ce qui doit porter à faire la Loi, c'est l'avantage des sujets, c'est la faveur du commerce. Faire perdre le fruit d'un engagement par une restitution anticipée, c'est ôter toute idée de contracter avec les grevés, c'est ne leur laisser aucun pouvoir de former des engagemens; ôter au contraire à la restitution anticipée le droit d'anéantir les titres des créanciers & des tiers-détenteurs, ce n'est que laisser la substitu-

tion dans l'état naturel où elle a été formée ; ce n'eſt qu'exécuter la volonté de celui qui l'a établie. L'exécuter par avance, & ce que d'autres ont dit, l'exécuter plus parfaitement ; c'eſt faire au-delà de ce qu'il a voulu pour fruſtrer des étrangers d'un droit légitime.

C'eſt en vain qu'on exceptera le cas de fraude ; il eſt bien rare que ces ſortes de reſtitutions anticipées ſoient faites ſans quelques idées de fraude, & quand il y auroit des cas où l'intention du grevé ſeroit droite, la fraude eſt dans l'acte même, puiſque c'eſt donner à quelqu'un ce qui ne lui eſt point dû, & faire perdre à un autre un droit acquis ; ce n'eſt pas dol perſonnel, mais c'eſt *dolus reipſa*, dol dans la choſe même.

En effet, le grevé eſt certainement propriétaire à la charge de reſtitution, mais d'une reſtitution qu'il ne doit faire qu'à ſon décès, il peut donc aliéner & hypothéquer pour ſa vie. N'eſt-ce pas une injuſtice qu'il ne dépende que de ſa volonté d'anéantir en un inſtant l'aliénation & l'hypotheque ? Et n'eſt-ce pas une ſubtilité de dire que par la reſtitution anticipée il ne donne rien du ſien, puiſque ce qu'il donne eſt réellement un bien dont il eſt de droit propriétaire juſqu'à ſa mort ?

Il eſt vrai cependant que les Parlemens de Bordeaux & de Toulouſe ſont d'avis contraire, & jugent en faveur de la reſtitution anticipée ; il eſt encore vrai que ſi le Conſeil d'Alſace eſt favorable aux tiers-poſſeſſeurs, il ne l'eſt pas aux créanciers du moins dans la reſtitution du pere au fils ; qu'enfin ſi le Parlement de Pau eſt favorable aux tiers-poſſeſſeurs & aux créanciers, quelques-uns des Commiſſaires ont cru devoir excepter, par rapport aux créanciers ſeuls, les cas de la reſtitution du pere au fils en faveur du mariage, comme un cas capable d'exclure tous les ſoupçons de fraude, & c'eſt auſſi ce dernier avis qu'a embraſſé M. de Gaubert.

Mais les Parlemens de Provence & de Dauphiné ſont en entier contre la reſtitution anticipée ; leur avis n'eſt donc pas fondé ſur l'uſage du Droit coutumier qui autoriſe les créanciers à exercer tous les droits de leurs débiteurs, & même à accepter contre ſon gré des ſucceſſions, puiſque les Loix Romaines qui régiſſent ces Provinces y ſont contraires : ces deux Parlemens ſe ſont donc fondés ſur le principe que tout homme peut diſpoſer de ſon bien, que quand il y a des charges impoſées ſur ce bien l'acquéreur s'en trouve chargé, mais que le vendeur ne peut par ſon fait rétracter ſon engagement ; ils ſe ſont donc fondés ſur ce que la déciſion

PARIS.

contraire feroit injuftice, fraude, mauvaife foi, & gêneroit la liberté du commerce : que fi enfin on décidoit contre les créanciers & les tiers-acquéreurs, le cas de la fraude (qu'il faudroit toujours excepter) feroit une femence de procès.

Ainfi le Parlement de Metz décide la queftion en général & fans diftinction ; ceux de Flandres, de Dijon & de Befançon, qui paroiffent d'abord former des doutes, décident cependant de même.

On a donc cru devoir fe déterminer en faveur des créanciers & des tiers-détenteurs, nonobftant les privileges des Arrêts du Parlement qui ne font peut-être pas fi précis qu'on le penfe.

On a cru devoir plutôt fuivre Cujas, qui a décidé fi expreffément contre la reftitution anticipée, que Ricard & les autres Auteurs qui font obligés d'excepter toujours le cas de fraude, exception qui donneroit un vafte champ aux préfomptions, & par conféquent aux conteftations.

On a bien fenti qu'on pouvoit trouver encore quelque différence entre les tiers-détenteurs & les créanciers : les premiers font ceffionnaires d'une propriété que le grevé avoit droit de céder pour en jouir jufqu'à fa mort ; fi on pouvoit évincer l'acquéreur avant l'événement de la condition, ce feroit aller directement contre la difpofition de plufieurs Loix : les créanciers au contraire ne font point ceffionnaires de la chofe, ils n'ont qu'une faculté de faire faifir les revenus ; il n'eft pas fi difficile d'y donner atteinte quand ils ne les ont point fait faifir.

Cependant à prendre les chofes dans l'exacte & ancienne regle, le créancier hypothécaire eft vraiment ceffionnaire des biens du débiteur jufqu'à concurrence de fa créance, c'eft ce que fignifient encore les termes de ftyle qu'on met à la fin des contrats : le créancier eft donc, à vrai dire, propriétaire du fonds à proportion de fa créance ; fi c'eft un fonds grevé de fubftitution, il n'en eft propriétaire qu'à la charge de la fubftitution ; il pourroit faifir le fond, pourvu que la vente ne fe fît qu'à la charge de la reverfion lors de l'ouverture ; il eft vrai qu'une pareille faifie feroit affez inutile, & que la faifie de l'ufufruit, jufqu'à l'ouverture de la fubftitution eft plus en ufage, parce qu'elle a le même effet pour le créancier ; mais on fait qu'une pareille faifie d'ufufruit eft une faifie réelle & non une faifie mobiliaire, parce qu'on regarde la chofe faifie comme un véritable fond : en un mot, que ce foit un fond ou un ufufruit, le créancier hypothécaire du jour de fon contrat acquiert un droit, foit fur le fond grevé, foit fur

les revenus, & un droit auquel il ne paroît pas qu'on puisse donner plus d'atteinte qu'à celui des tiers-possesseurs.

PARIS.

Le même principe semble devoir décider également dans les deux cas, & c'est ce qui paroît avoir déterminé les Parlemens de Flandres & de Dijon, qui, après avoir fait toutes ces différences, se déterminent enfin à ranger les uns & les autres dans la même classe.

On n'a pas cru même que la restitution du pere aux enfans, soit hors mariage, soit par contrat de mariage, dût former une exception ; on peut dire à la vérité que rien n'est si favorable, mais la justice doit passer avant tous les motifs de faveur. On dira que la fraude en ce cas ne peut être présumée ; mais outre que la restitution même aux enfans peut renfermer une véritable fraude, le principe étant le même, il doit être indivisible. La bonne foi du commerce, la sûreté des engagemens & des hypotheques qu'un grevé a eu le droit de faire, la fraude qui résulte de l'acte même, le bien si évident de la diminution des procès qu'entraîne la discussion des cas où il y a fraude, & de ceux où il n'y en a pas, tout concourt à former la Loi générale & sans exception ; aussi n'y a-t-il que le Conseil d'Alsace qui soit entré dans cette distinction en limitant cependant les tiers-possesseurs ; & s'il y a eu des Commissaires du Parlement de Pau pour excepter dans les deux cas la restitution anticipée du pere au fils, quelques autres ont été d'avis de la comprendre dans la Loi, & il semble que ce soit l'avis des Parlemens d'Aix, de Grenoble, de Metz, de Dijon & de Besançon, puisqu'ils n'en font point la distinction.

La seule exception légitime, c'est celle des créanciers chirographaires, dont les titres n'ayant point de date certaine, peuvent être sujets à une fraude évidente, & de même qu'on doit décider que les restitutions anticipées ne peuvent nuire ni aux tiers-possesseurs ni aux créanciers, parce que ce seroit une voie de fraude manifeste qu'on pourroit exercer contr'eux ; on ne peut aussi favoriser les créanciers chirographaires au préjudice de la restitution anticipée, parce que ce seroit une autre espece de fraude que le grevé pourroit exercer contre celui à qui il auroit fait la restitution.

Ainsi on a estimé que la restitution anticipée du fidéicommis ne pouvoit nuire ni aux tiers-possesseurs ni aux créanciers hypothécaires.

TRENTE-NEUVIEME QUESTION.

Si le créancier ou le tiers-possesseur qui a eu connoissance de la substitution avant que de contracter ou d'acquérir, est recevable à opposer le défaut d'enrégistrement & de publication de la substitution ?

A I X.

COMME ce n'est que depuis la Déclaration du Roi de 1712 que la nécessité de l'enrégistrement & publication des substitutions a été reçue en cette Province, il ne sauroit y avoir aucune Jurisprudence sur le cas proposé ; & l'on croiroit que si le cas se présentoit, elle devroit être décidée en faveur du créancier ou tiers-possesseur, par la raison que tout ce qui est prescrit par les Ordonnances doit être rempli *in forma specifica*, & non par équipollent, & que ce seroit ouvrir une porte à des contestations infinies, que d'admettre l'exception tirée de la connoissance que les créanciers & tiers-possesseurs peuvent avoir de la substitution, puisqu'il resteroit à décider s'il faut en avoir eu une connoissance entiere ou si quelque degré de connoissance peut suffire. En fait de Loi, il vaut mieux qu'elle soit appuyée sur des principes de rigueur & décisifs, qui coupent la racine aux semences des procès, que sur des principes d'équité presque toujours arbitraires.

Il est vrai que suivant les Arrêts de ce Parlement (*a*), celui qui se trouve présent lors d'une donation ne peut opposer le défaut d'insinuation, & qu'ainsi par la même raison celui qui a eu connoissance d'une substitution ne peut opposer le défaut d'enrégistrement & d'insinuation : cependant comme cette Jurisprudence ne se trouve appuyée que sur un seul Arrêt, loin de devoir servir d'argument de parité pour déterminer à prendre le parti d'admettre l'exception tirée de la connoissance de la substitution, l'on croiroit au contraire qu'on devroit abroger l'ancienne Jurisprudence, & ne compter pour rien la présence du créancier pour la rendre équipollente à son égard à l'insinuation de la donation.

(*a*) Boniface, tom. 1, liv. 7, tit. 2, chap. 14, pag. 472.

L'ON tient, en Provence, que le créancier ou le tiers-possesseur qui a eu connoissance de la substitution avant que de contracter ou d'acquérir, est recevable, selon Ricard, au titre des insinuations, à opposer le défaut d'enrégistrement & de publication de la substitution, parce qu'il peut dire que s'il la connoissoit, il en connoissoit aussi la nullité faute d'enrégistrement & de substitution.

M. LE BRET, premier Président.

LE créancier ou le tiers-possesseur qui a eu connoissance de la substitution avant que de contracter ou d'acquérir, est recevable aussi à opposer le défaut d'enrégistrement & de publication de la substitution, parce qu'il a sujet de dire qu'il n'a compté pour rien une substitution imparfaite & non enrégistrée ni publiée.

M DECORMIS, Avocat.

L'ORDONNANCE ayant établi une forme spécifique pour rendre les substitutions notoires à tout le monde, dès que cette forme n'a pas été remplie, les biens sont demeurés libres dans le commerce, & quelque connoissance que le créancier ou tiers-possesseur ait pu avoir d'ailleurs de la substitution, il est toujours recevable à opposer le défaut de publication & d'enrégistrement. Signés, *Gillet* de *Lacase*, *Le Berthon*, *d'Albessard*, *Bigot*, *Jegun*, *Le Moncreau*, *Loyal*, *Dudon*, *Du Vigier* & de *La Tresne*.

BORDEAUX.

ON a jugé par plusieurs Arrêts, au Parlement de Besançon, que les créanciers ou tiers-possesseurs pourroient opposer le défaut d'enrégistrement & de publication de la substitution, quand même ils auroient eu la connoissance de cette substitution, par la raison que la nullité de l'Edit est absolue & forme un droit public dont on ne doit pas s'écarter sur des circonstances particulieres, quoique le motif qui a déterminé la nécessité de l'enrégistrement & de la publication des substitutions, ait été de donner connoissance aux créanciers & tiers-acquéreurs, & que ceux qui indépendamment de cela en ont été informés avant leur titre de créance & d'achat, ne paroissent pas devoir être compris dans la disposition d'une Loi qui ne les a pas eu pour objet; néanmoins dès que la Loi n'en a pas fait une exception on ne doit pas l'admettre, d'autant même qu'après la publication de l'Edit les créanciers & tiers-acquéreurs ont dû savoir qu'une substitution destituée des formalités requises devoit être regardée comme nulle, & par conséquent qu'une pareille substitution ne pourroit leur préjudicier en aucun cas; enfin, si on admettoit que la connoissance de la substitution forme

BESANÇON.

BESANÇON.

une exception à l'Edit, cela entraîneroit des difficultés continuelles sur la question de savoir si la substitution étoit ou n'étoit pas de la connoissance des créanciers & tiers-possesseurs, s'ils la connoissoient en termes généraux seulement, ou s'ils en savoient toutes les clauses ; il faudroit dans chaque procès une Enquête pour vérifier les allégations respectives des parties, & de cette maniere on éluderoit la disposition d'une Loi dont le public reçoit de si grands avantages, ce seroit en vain qu'on opposeroit le ch. 31, *de reg. jur. in* 6°. conçu en ces termes : *cumque certus est, certiorari ulterius non opportet ;* car cela ne peut avoir lieu que dans le cas où il n'y a pas de Loi expresse, qui pour le bien public exige, à peine de nullité, que l'acte soit connu par une publication suivie d'enrégistrement. En effet, celui qui a connoissance d'une substitution qui n'est pas publiée ne connoît qu'un acte informe, & qui, selon la Loi, ne peut produire aucun effet avant la publication ; c'est aussi ce qui a été nettement décidé par une Déclaration du Roi du 14 Septembre 1721, publiée au Parlement de Besançon le 3 Octobre 1722 concernant les substitutions de Franche-Comté ; elle porte que l'Edit de 1707, ordonnoit que les anciennes substitutions n'auroient aucun effet que du jour de la publication & enrégistrement contre les créanciers & tiers-acquéreurs ; elle n'en excepte pas ceux qui avant de contracter auront eu connoissance de la substitution ; elle les comprend comme les autres dans la disposition générale ; la seule exception qu'elle fait, est de ceux avec qui il y auroit eu un Arrêt rendu ou une transaction faite, ou acquiescement aux substitutions antérieures à l'Edit.

Ainsi les Commissaires estiment que les créanciers ou tiers-détenteurs qui ont connoissance de la substitution avant que de contracter ou d'acquérir, sont en droit d'opposer le défaut d'enrégistrement & de publication de la substitution. Fait & arrêté le 30 Août 1730. Signés, *Boisot*, *Espiard*, *Tinseau*, *Dorol*, & *Boquet* de *Courbouson*.

COLMAR.

CETTE question se décide par la Déclaration du feu Roi du 18 Janvier 1712, qui ordonne que les substitutions qui n'auront pas été enrégistrées ni publiées dans le terme de six mois, ne pourront être opposées aux créanciers & tiers-acquéreurs ; d'où il est indispensable de conclure que les uns & les autres sont recevables à opposer le défaut d'enrégistrement & de publication, encore

encore qu'ils ayent eu connoiſſance de la ſubſtitution avant que de contracter ou d'acquérir, parce qu'ils ont ſu en même temps que faute de cette formalité la ſubſtitution étoit nulle. Signés, de *Corbeſon*, *Holdt*, *Muller* & *Mulle*. COLMAR.

LA ſimple ſcience ne ſuffit pas pour remplacer la forme publique de l'enrégiſtrement des ſubſtitutions établi par les Ordonnances ; alors la forme preſcrite par une eſpece de police univerſelle doit être remplie de la maniere indiquée préciſément, *etiam contra ſcientem*. DIJON.

C'eſt ſur ces principes que l'on tient pour maxime que les formalités du nantiſſement dans les pays où elles ont lieu ne couvrent point le défaut d'enrégiſtrement des ſubſtitutions ou donations, quoique ces formalités ſemblent aſſurer la même publicité que l'enrégiſtrement ordonné pourroit produire.

D'ailleurs le contrat formé malgré la connoiſſance que l'on peut avoir de la ſubſtitution n'en eſt pas moins de bonne foi, puiſqu'en même temps on a lieu de préſumer que ceux au profit deſquels la ſubſtitution eſt faite l'abandonnent, ou ne veulent pas s'en procurer tout l'effet contre le grevé, qu'ils auroient autrement contraint à en ſouffrir la publication eſſentielle pour la perfection du fidéicommis graduel.

Enfin, l'on ne pourroit excepter le cas de connoiſſance de l'enrégiſtrement preſcrit indiſtinctement par les Ordonnances, ſans laiſſer une ſource infinie de procès que la néceſſité de fixer ces cas, & la qualité des preuves qu'ils exigent rendroient inévitables. Signés, de *Birbiſey*, de *La Marre*, *Lantin*, *Bouhier*, *Mayrelet*, de *Minot*, *Baſin*, *Normand*, *Thiery* & *Genreau*.

IL a été jugé au Parlement de Flandres, que le créancier qui a eu connoiſſance d'un fidéicommis avant que de contracter, n'étoit point recevable à oppoſer le défaut d'enrégiſtrement & de publication du fidéicommis, & on jugeoit la même choſe à l'égard du tiers-acquéreur, parce que la connoiſſance qu'ils ont du fidéicommis les conſtitue en mauvaiſe foi, & fait ceſſer la raiſon de la Loi qui n'ordonne l'enrégiſtrement des fidéicommis qu'afin qu'ils ſoient connus. Signés, *Pollinchon*, *Pinault* de *Bannaux*, *Douche* de *Beaulieu*, *Viſant* de *Ponange*, *Curpin*, de *Burges*, *Biſſehop*, de *Calonne*, *Vaymel*, *Duparq*. FLANDRES.

CE n'eſt que depuis la Déclaration du 18 Janvier 1712, que GRENOBLE.

GRENOBLE.

l'on obſerve réguliérement, en Dauphiné, l'enrégiſtrement & la publication des ſubſtitutions.

La queſtion n'a pas été décidée au Parlement de Grenoble, ſi le créancier ou le tiers-poſſeſſeur qui a eu connoiſſance de la ſubſtitution avant que de contracter ou d'acquérir, eſt recevable à oppoſer du défaut d'enrégiſtrement & de publication de la ſubſtitution; mais ſi la queſtion s'y préſentoit, on jugeroit que le créancier ou le tiers-poſſeſſeur peut oppoſer du défaut d'enrégiſtrement pour les ſubſtitutions faites depuis la Déclaration de 1712, que ſi on pouvoit avoir égard à la connoiſſance privée, il faudroit au moins qu'elle fût parfaite & prouvée par écrit. Signés, de *Grammont*, *Marnay*, *Beauvais*, *Garnier*, *Beauvais*, *Leuſſe* de *Coſtes* & *Dalmas*.

METZ.

TOUTE ſubſtitution étant nulle par le défaut d'enrégiſtrement & de publication, la ſimple connoiſſance ſans fraude du créancier ou tiers-poſſeſſeur ne peut les empêcher d'oppoſer ce défaut d'enrégiſtrement & de publication. Signés, de *Montholon*, *J. Pierre*, de *Lange*, *Bertrand*, *Muzac*, *Le Goulon* de *Champel*, *Lançon* & *Bonneau*.

PAU.

NOUS ignorons que cette queſtion ait été jugée au Parlement; mais nous ne croyons pas que la connoiſſance particuliere de la ſubſtitution puiſſe empêcher le créancier ou le tiers-acquéreur d'oppoſer le défaut d'enrégiſtrement & de publication, parce que celui qui prête ou qui acquiert ſait que la ſubſtitution ne peut lui être oppoſée, n'étant pas publiée & enrégiſtrée; c'eſt ſur la foi de cette maxime qu'il prête ou qu'il acquiert, il y auroit d'ailleurs bien de l'embarras pour la certitude de la preuve de cette connoiſſance. Signés, de *Gaubert*, *Caſaux*, *Mignon*, *Dedoat*, *Deſclaux*, *Meſplés*, *Bordenave*, *Dejean*, *Leſans*, *Bonnecaſe*, *Caſenave* & de *Caſaux*.

M. DE GAUBERT, premier Préſident.

PAR le Droit Romain l'on ne connoiſſoit point les publications ni l'enrégiſtrement des ſubſtitutions; il y avoit tant de formalités & de ſolemnités pour l'ouverture des teſtamens qui ſe faiſoit d'ailleurs devant les Magiſtrats, & même en préſence de tant de monde, que les diſpoſitions contenues dans ces teſtamens devenoient publiques & valoient une publication.

Mais en France où les teſtamens ſe font ſans cet appareil de

solemnité & de publication, on a précédemment exigé que ces testamens comprenant des substitutions & des fidéicommis y fussent publiés, insinués & régistrés, autrement ce seroit un piege tendu aux créanciers qui prêteroient des sommes, & aux tiers-acquéreurs qui se laisseroient surprendre voyant un héritier ou un substitué en possession des biens, si l'acte qui les oblige a restituer le fidéicommis n'étoit rendu notoire & public.

Les Rois de France ont donné plusieurs Ordonnances concernant la publicité des testamens, contenant substitutions ou fidéicommis. L'Ordonnance d'Henry II du mois de Mai 1553, qui ordonne que tous testamens portant substitution soient publiés, insinués & enrégistrés. L'Ordonnance de Moulins, art. LVII. La Déclaration du 23 Novembre 1690. L'Edit du mois de Décembre 1703, art. II, & la Déclaration du 18 Janvier 1712, qui ordonnent que les substitutions seront publiées & enrégistrées dans les six mois qui remonteront à leurs dates; mais lorsque la substitution ne sera faite qu'après les six mois, elles n'auront effet contre les créanciers & acquéreurs que du jour de la publication & enrégistrement, outre que la faveur des créanciers & tiers-possesseurs est grande, *quia certant de damno vitando.* Il semble que les Edits & Déclarations qui ordonnent la publication & l'enrégistrement des substitutions pour avertir le public & ceux qui pourroient contracter avec des héritiers grevés doivent être remplis & exécutés, *in forma specifica & non per equipollens*, la simple connoissance du créancier ou tiers-acquéreur ne sauroit être un obstacle pour opposer le défaut d'enrégistrement & de publication.

L'on peut dire que celui qui veut prêter ou acquérir sur un bien substitué, sachant que la substitution n'est point enrégistrée ni publiée comme les Ordonnances l'exigent, quoiqu'on sache d'ailleurs qu'il y a quelque testament dans la famille qui contient une substitution, cette connoissance particuliere ne doit point lui nuire: *Brodeau sur Louet, lettre S, som.* 3, *n.* 7, rapporte un Arrêt du Parlement de Paris du 8 Juin 1643, qui a jugé que l'Ordonnance ayant prescrit la forme de la publication des substitutions qui doit être faite en Jugement & enrégistrée, on ne peut l'accomplir par un équipollent, savoir par une proclamation ou publication à son de trompe & cri public ès jours de marché aux affiches, aux poteaux des places publiques & portes de la Justice du lieu; ce qu'il suppose suffire pour établir un moyen suffisant

PAU.
M. DE GAUBERT.

pour que toute personne soit instruite de la substitution, & laquelle connoissance a été néanmoins déclarée inutile pour établir une fin de non-recevoir pour opposer aux créanciers & tiers-possesseurs le défaut d'enrégistrement & de publication de la substitution.

M. Dolive, *liv.* 3, *chap.* 22, rapporte un Arrêt du Parlement de Toulouse du 27 Juillet 1733, qui a jugé que la dénonce faite à la requête des substitués ne nuit point à la femme pour les conventions qu'elle a fait depuis dans son Contrat de mariage, conformément à la Novelle 39 *de restit.* d'où est tirée l'authentique, *res quæ cod. commun. de legat. ingemiscebat justè mulier, & dicebat injustum esse quasi per deceptionem quia vir mortuus est se ignorante amissionis periculum sustinere.* Ce qui sembloit supposer que ceux qui avoient eu connoissance de la substitution n'ont point eu droit de prétendre au bénéfice de la loi ; cependant quoiqu'on eût dénoncé la substitution, l'Arrêt adjuge à la femme ses conventions de mariage sur les biens substitués suivant l'authentique *res quæ* qui les accorde subsidiairement sur les biens substitués.

Lapeyrere, *lettre S*, *n.* 197, fait une décision que la seule présence du substitué à la vente faite par l'héritier grevé, ne lui portera nul préjudice le cas de la substitution arrivant ; mais si le substitué consent par exprès à la vente, soit qu'il ait su ou ignoré la substitution, son consentement lui portera préjudice à l'égard de l'acheteur, sauf son recours contre l'héritier ou le grevé : d'où l'on peut tirer cette conséquence, que le créancier & le tiers-possesseur qui ont eu connoissance avant de contracter ou d'acquérir, par exemple, qu'ils eussent été présens au testament qui contient la substitution, ou à quelqu'acte qui en fît mention, cette connoissance même soutenue de leur présence en quelque acte, n'empêcheroit point qu'ils ne pussent opposer le défaut d'enrégistrement & de publication. Autre Arrêt du Parlement de Paris du 9 Mai 1665, rapporté au Journal du Palais, tom. 2, p. 137, sur les conclusions de M. l'Avocat Général Talon, par lequel la substitution fut déclarée nulle à l'égard des créanciers faute de publication, quoiqu'il fût avéré que les créanciers avoient eu connoissance du testament & substitution, n'y ayant point d'équivalent pour les publications qui sont de rigueur, devant être faites *in forma specifica.*

Nous croyons que le créancier ou le tiers-possesseur, qui ont eu connoissance de la substitution avant que de contracter ou d'ac-

quérir, ſont recevables à oppoſer le défaut d'enrégiſtrement & de publication de la ſubſtitution.

PAU.
M. DE GAUBERT.

Nous jugeons conſtamment que la connoiſſance particuliere que le créancier ou le tiers-poſſeſſeur ont eu de la ſubſtitution, avant de contracter ou d'acquérir, ne l'empêche pas d'oppoſer le défaut d'enrégiſtrement & de publication de ſubſtitution, parce que ce défaut rend la ſubſtitution nulle & de nul effet à leur égard, (*a*) & que ce que la loi exige expreſſément ne peut pas être rempli par des équipollens. S'ils ont connu la ſubſtitution avant d'acquérir ou de contracter, ils ont connu en même temps qu'elle ne pouvoit pas leur être oppoſée, ainſi on ne peut pas les regarder comme des gens de mauvaiſe foi.

TOULOUSE.

Nous croyons donc que le créancier ou le tiers-poſſeſſeur qui a eu connoiſſance de la ſubſtitution avant de contracter ou d'acquérir, eſt recevable à oppoſer le défaut d'enrégiſtrement & de publication de la ſubſtitution. Signés, le Préſident *Daſpe*, *Comere* de *Labaſtide*, *Pegueyroles*, *Baſtard*, de *Catellan-Lamaſquere*, *Azemar*, *Cauſſade*, de *Celés*, *Paraſa*, *Daſpe* de *Merlhan*, & *Le Maſuyer*, Procureur Général.

PARIS.
M. le Procureur Général.

Cette queſtion n'a pas été difficile à décider, tous les avis hors celui des MM. du Parlement de Flandres ſe réuniſſent en faveur des créanciers ou des tiers-poſſeſſeurs. On peut dire que toutes ſortes de raiſons doivent ſe réunir à cet avis; la Loi de la publication eſt écrite, elle eſt générale, elle ne renferme point d'exception. Une loi de police générale n'en doit point ſouffrir; les exceptions ſeroient des ſources interminables de procès; on ne peut alléguer contre le texte de la loi, que le motif de la loi même; ce motif a été de donner connoiſſance de la ſubſtitution par la formalité de la publication; cette formalité ne doit donc avoir aucun effet par rapport à ceux qui ont eu connoiſſance de la ſubſtitution: voilà tout ce qu'on peut dire en faveur de l'avis du Parlement de Flandres. Mais il faut être bien ſcrupuleux pour donner atteinte à une loi par la ſeule vue que ſon motif ne paroît pas avoir lieu dans un certain cas. La loi a toujours un motif, mais il n'eſt plus queſtion de ſon motif quand elle eſt faite, ſi ce

(*a*) Déclaration de 1712.

PARIS.

n'eſt en cas de doute ſur les termes. Hors cela, quand elle eſt expreſſe & générale, il faut la ſuivre dans tous les cas. Le motif ne pourroit être de quelque conſidération, que s'il ſe rencontroit deux circonſtances, l'une que le motif de la loi ceſsât, l'autre que l'exécution de la loi devînt une injuſtice. Quel inconvénient y a-t-il à rendre la loi générale ? & quels inconvéniens à établir une exception pour le cas dans lequel le créancier ou le tiers-poſſeſſeur auroient eu connoiſſance ! Quelle ſource de procès pour établir ou pour détruire le fait de la connoiſſance, & pour déterminer quelle ſorte de connoiſſance doit ſuffire !

Ces raiſons ont paru ſupérieures à l'avis du ſeul Parlement de Flandres, & à un ſeul Arrêt fugitif rapporté par Boniface; car pour l'Arrêt de M. Bouguier, il eſt rapporté ſi différemment qu'on ne pourroit l'oppoſer en faveur d'aucune partie.

Si l'on vouloit décider la même queſtion par rapport à l'inſinuation des donations, on croit qu'on ne pourroit la décider différemment, quand même le créancier ou tiers-poſſeſſeur auroit aſſiſté à l'acte même de donation, malgré le partage d'opinions entre *Coquille* & *Ricard*, & l'Arrêt de *Boniface*. Le même principe tiré de la loi générale ſemble toujours décider. Enfin que peut-on oppoſer aux deux raiſons ſi ſimples & ſi naturelles : la premiere, il n'a tenu qu'à ceux qui avoient intérêt d'obſerver la formalité de la loi, ils doivent s'imputer s'ils ne l'ont pas fait : la ſeconde, le créancier a contracté, le tiers-poſſeſſeur a acquis ſous la foi de la formalité négligée. Ainſi on a eſtimé que le créancier ou le tiers-poſſeſſeur eſt recevable à oppoſer le défaut de publication & d'enrégiſtrement de la ſubſtitution.

On pourroit décider de même pour l'inſinuation des donations.

QUARANTIEME QUESTION.

Si l'hypotheque subsidiaire de la femme sur les biens substitués, a lieu pour les intérêts de la dot, comme pour le capital ?

Si elle a lieu pour l'augment, bagues & joyaux, pour le douaire & le préciput, pour le remploi des propres & autres indemnités ?

L'HYPOTHEQUE subsidiaire de la femme sur les biens substitués a par notre Jurisprudence toujours été admise, non-seulement pour la dot, mais encore pour les intérêts courus depuis que le mari a cessé d'en jouir ; parce qu'en effet les intérêts n'étant que l'accessoire du principal, ils doivent participer du même privilege, & que ce seroit même donner lieu à la consommation de la dot, si la femme n'avoit pas le même privilege pour les intérêts, puisque étant rangée pour ses intérêts dans la distribution générale des biens de son mari à un degré inutile & infructueux, elle seroit obligée par là de consommer sa dot pour son entretien. A IX.

A l'égard de l'augment il n'est point en usage dans cette Province, où dans tous les contrats de mariage, les mariés sont en coutume de se faire respectivement des donations de survie, lesquelles donations de survie tiennent lieu d'augment ; & par notre Jurisprudence ces sortes de donations de survie ont également une hypotheque subsidiaire sur les biens fidéicommissés, pourvu qu'elles soient faites suivant la qualité des parties & la quantité de la dot, c'est ce qui est fondé sur l'expresse disposition de l'authentique, *res quæ cod. comm. de legat.* (*a*) Il en est de même à l'égard des bagues & joyaux qui sont compris dans les avantages nuptiaux & dans les donations de survie que les mariés se font réciproquement.

(*a*) Boniface, tom. 3 de la seconde compil. liv. 2, tit. 17, chap. 1, p. 330 & suiv. M. Daix en son Comment. sur les statuts de Marseille, p. 339 & suiv.

AIX.

Quant au douaire & au préciput, non plus que le remploi des propres & autres indemnités, ils ne sont d'aucun usage en cette Province.

Il est vrai que dans les familles nobles, & même dans les roturieres, on stipule le plus souvent dans le contrat de mariage que la femme survivante jouira d'une pension viagere en gardant viduité, ce qui est encore un avantage qu'elle est en droit de prendre subsidiairement sur les biens substitués, pourvu cependant que cette pension viagere n'excede pas ce qu'on est en coutume de donner en pareil cas, & qu'elle soit par conséquent mesurée à la qualité des parties. C'est ce qui fut jugé par Arrêt du 16 Juin 1717, au rapport de M. de Montvalon, en la cause du sieur François de Gras, contre le sieur Joseph de Roustargues.

M. Le Bret.

Les intérêts ayant le même privilege que le principal, ceux de la dot auroient la même hypotheque que la dot, l'augment de dot, les bagues & joyaux, le douaire ou ce qui y ressemble le plus; le préciput qu'on ne connoît pas en Provence, le rapport des propres encore plus inconnu, & toute autre indemnité qui procéderoient du contrat de mariage ont aussi un privilege égal à celui de la dot, & par conséquent la même hypotheque subsidiaire sur les biens substitués.

M. de Cormis, Avocat.

L'hypotheque de la femme sur les biens substitués a lieu pour les intérêts de la dot, comme pour le capital dont ils sont l'accessoire. Peregrinus au Traité des Fidéicommis, art. 42, dit qu'elle a lieu pour l'augment de dot, & pour les bagues & joyaux, & pour le douaire & le préciput, & pour le rapport des propres & autres indemnités comme procédant du même contrat de mariage, & participant au même privilege de la dot subsidiaire sur le fidéicommis conçu au cas du décès de l'institué sans enfans.

BORDEAUX.

La Novelle 39, qui a introduit l'hypotheque subsidiaire de la femme sur les biens substitués, a expressément compris dans sa disposition la dot & la donation pour causes de noces appellée aujourd'hui augment : notre Jurisprudence est conforme à la Novelle, & nous ajoutons que les intérêts de la dot doivent avoir le même privilege comme n'en étant qu'un accessoire.

Quant aux bagues & joyaux, quoique ce soit une libéralité très-

très-usitée & presque générale dans ce pays-ci, c'est qu'il semble y avoir parité de raison. Nous ne croyons pas que la disposition de l'authentique *res quæ* y doive être étendue, encore moins le douaire, qui est une clause très-rare parmi nous, auroit-il ce privilege aussi-bien que le préciput. BORDEAUX.

A l'égard du remploi des propres & des autres indemnités, la femme ne pourroit les prétendre sur les biens substitués dans les pays où il en peut être question que lorsqu'il s'agiroit des biens dotaux. Signés, *Gillet* de *Lacase*, *Le Berthon*, *d'Albessard*, *Bigot*, *Jegun*, *Le Moncreau*, *Loyal*, *Dudon*, *Du Vigier* & de *La Tresne*.

LA Jurisprudence du Parlement de Besançon est d'accorder à la femme pour les intérêts de sa dot, l'hypotheque subsidiaire sur les biens substitués comme pour la dot même ; il est vrai que l'authentique qui a établi l'hypotheque subsidiaire de la femme sur les biens substitués pour le recouvrement de sa dot ne fait pas mention des intérêts; mais ces intérêts ne sont-ils pas l'accessoire du principal ? Ne peut-on pas dire que qui veut la chose en veut la conséquence ? L'objet du privilege accordé à la femme par la disposition du Droit, est que l'héritier grevé puisse contracter un mariage convenable en donnant à la femme des sûretés pour sa dot. Ce même objet doit déterminer à étendre ce privilege aux intérêts, autrement il faudroit dire que la femme seroit obligée de vivre sur le fond de sa dot, pendant qu'on differe de lui en faire la restitution. C'est sur le même motif que l'on croit que la femme a le même privilege pour les autres droits qui lui appartiennent en vertu de son traité de mariage, & qui lui tiennent lieu de la donation à cause de noces autorisée par la Loi, pourvu néanmoins que ces droits n'excédent pas ce qui est réglé par la coutume, autrement un héritier grevé pourroit rendre inutile un fidéicommis en faisant des droits exorbitans à son épouse. A l'égard du préciput des bagues, joyaux & carrosse que l'on promet ordinairement aux femmes de condition par leur traité de mariage, ce sont des présens qui dépendent de la pure libéralité du mari : les bagues & joyaux se donnent même le plus souvent au temps du mariage ; enfin il n'y a rien de fixé, ni par les Loix, ni par les Ordonnances sur ces différens articles. Toutes ces considérations font estimer qu'il ne seroit pas juste d'en accorder le prélevement sur les biens substitués ; mais pour ce qui concerne le remploi forcé & le remploi volontaire, parce que dans ce pre- BESANÇON.

BESANÇON.

mier cas il n'y a rien à imputer à la femme ; c'eſt ſur ces principes que les Commiſſaires eſtiment que l'on doit former la Loi nouvelle que l'on ſe propoſe de faire, en déclarant que l'hypotheque ſubſidiaire de la femme ſur les biens ſubſtitués aura lieu, tant pour la dot, augment, remploi des rentes, obligations & dettes actives à elles appartenant & acquittées à ſon mari, que pour les intérêts de la dot, augment (*a*) & remploi, & pareillement pour le douaire, ſans que cette hypotheque ſubſidiaire ait lieu pour le préciput (*b*), pour les bagues & joyaux, ni pour le remploi des propres de la femme aliénés volontairement & de ſon conſentement, ni pour l'indemnité des dettes auxquelles elle pourroit être obligée pour ſon mari. Fait & arrêté le 29 Août 1730. Signés, *Boiſot*, *Eſpiard*, *Tinſeau*, *Dorol*, & *Boquet* de *Courbouſon*.

COLMAR.

PAR notre Droit rien n'eſt plus privilégié que la dot ; par une conſéquence naturelle nous croyons devoir accorder le même privilege à toutes les parties qui y ſont acceſſoires.

La Loi *aſſiduis*, à la vérité, ſemble différencier la dot d'avec les autres avantages de la femme, il donne à la dot une priorité d'hypotheque, *ſuo tempori ſervire diſponimus*, *& habere inter creditores ſui temporis ordinem*.

De cette énonciation néanmoins on doit inférer, qu'en même temps que l'Empereur fait connoître le privilege de la dot, il fait ſentir que pour les autres avantages la femme a le même droit que les autres créanciers, & que comme eux elle vient ſuivant ſon ordre en tant qu'elle a hypotheque ſur les biens de ſon mari ; on croit cependant qu'elle a une hypotheque ſubſidiaire ſur les biens ſubſtitués pour tous les avantages indiſtinctement qui ſont mentionnés en la préſente queſtion. Signés, de *Corbeſon*, *Holdt*, *Muller* & *Mulle*.

DIJON.

LES Commiſſaires n'ont point trouvé d'Arrêt du Parlement de Dijon rendu ſur la queſtion ; mais ils eſtiment que la Novelle 39

(*a*) Aviſer ſi on n'ajoutera pas à l'égard des intérêts la clauſe ſuivante. *Si ce n'eſt que par ſon retardement à agir, elle n'eût donné lieu à faire groſſir les intérêts, & à diminuer par-là mal-à-propos les biens du fidéicommis.*

(*b*) Brodeau, ſur M. Louet, lett. D, ſomm. 2, rapporte un Arrêt qui déboute de l'hypotheque ſubſidiaire prétendue pour le préciput.

de Justinien, & l'authentique *res quæ* au code *communia de legatis & fideicommissis*, ayant accordé à la femme la restitution de sa dot sur les biens substitués au défaut des biens libres de l'héritier chargé de rendre, elles ont aussi voulu, par une conséquence nécessaire, qu'elle ait le même privilege pour les intérêts de sa dot qui en sont l'accessoire : or suivant les Loix *magis puto* §. *ait Prætor & Lucius* 54, *ff. ad S. C. treb.* l'accessoire se regle comme le principal, & lorsque celui-ci se trouve privilégié, l'autre doit jouir des mêmes avantages. Il est en effet peu de Parlemens, si l'on en excepte celui de Grenoble, où l'on ne donne à la femme l'hypotheque subsidiaire sur les biens substitués en ligne directe, tant pour le capital de sa dot que pour les intérêts : la seule difficulté qui pourroit se présenter est de savoir de quel jour ces intérêts sont dus. Pour la prévenir, on croit qu'il seroit à propos de distinguer les pays du Droit écrit où la communauté des biens n'a pas lieu entre mari & femme, si elle n'est expressément stipulée, des pays coutumiers où elle est établie par la Loi municipale; & suivant cette distinction les Commissaires estiment que l'hypotheque subsidiaire de la femme sur les biens substitués en ligne directe a nonseulement lieu pour le capital de la dot, mais encore pour les intérêts, savoir du jour de la mort dans les pays du Droit écrit, & du jour de la dissolution de la communauté dans les pays de coutume, pourvu toutefois qu'il n'y ait point eu de retardement & de négligence de la part de la femme ou de ses héritiers à les exiger, parce qu'alors il ne seroit pas juste que par leur propre fait les biens du fidéicommis fussent diminués. Signés, de *Birbisey*, de *La Marre*, *Bouhier*, *Lantin*, *Basin*, *Normand*, *Mairelet*, de *Minot*, *Thiery* & *Genreau*.

SI ELLE A LIEU POUR L'AUGMENT?

La Jurisprudence du Parlement de Dijon a varié sur cette question. On y a jugé, par Arrêt rendu en 1656, 30 Mars & 20 Août 1668, que la femme avoit une hypotheque subsidiaire sur les biens substitués pour son augment; & par deux Arrêts des 7 Août 1624 & 8 Août 1640, on y a décidé que les biens substitués ne sont subsidiairement chargés que de la restitution de la dot de la femme, & non du paiement de ses autres droits.

Cette diversité de Jurisprudence a aussi donné lieu à un partage sur la question entre les Commissaires; quatre de Messieurs

DIJON.

ont été de l'avis du Rapporteur, que la femme devoit avoir l'hypotheque subsidiaire sur les biens substitués en ligne directe pour son augment, avec cette distinction cependant que dans les lieux où il y auroit un augment coutumier, & que les parties en auroient stipulé un conventionnel, la femme n'auroit l'hypotheque subsidiaire, pour son augment conventionnel, que pour ce qui n'excédera pas le coutumier.

Quatre autres de MM. les Commissaires ont été d'avis de la lui refuser. Les raisons du Rapporteur sont :

1°. Que Justinien dans la seule vue de favoriser les mariages, afin de les rendre avantageux aux familles & plus utiles à l'Etat, ayant par sa Novelle 39 permis au fils du testateur d'obliger les biens de la restitution desquels on l'a chargé au paiement de la dot qu'il reçoit, de la donation à cause de noces, & de tous les gains nuptiaux de la femme, pourvu qu'ils soient proportionnés aux qualités & conditions des personnes, il est évident que la femme doit avoir le même privilege pour son augment que pour sa dot, parce que l'augment considéré comme donation à cause de noces, ou comme une libéralité faite *in compensationem dotis*, se trouve également compris dans la Novelle, en ce que sous l'une & l'autre dénomination il fait partie des gains nuptiaux de la femme ; or l'Empereur a excepté les gains nuptiaux de la prohibition d'aliéner les biens du fidéicommis ; par conséquent si la femme a droit de reprendre subsidiairement sa dot sur les biens substitués en ligne directe, on ne sauroit aussi lui refuser le même privilege pour son augment qui est un gain nuptial ; *quomodo*, dit Justinien, *non nos ex majore in meliore sententia nuptialium lucrorum exceptionem faciemus.*

2°. L'Empereur, dans le dernier §. de sa Novelle 39, reconnoît si parfaitement que le privilege qu'il accorde à la femme de pouvoir reprendre sa dot subsidiairement sur les biens substitués en ligne directe doit avoir lieu pour son augment, qu'il n'en excepte que celui qui sera fait en fraude du fidéicommis, *in eversionem fideicommissi ;* il s'ensuit donc que quand l'augment a été fait *honeste, & secundum personarum qualitatem & merita*, il doit avoir, selon la Novelle, le même privilege que la dot.

Non enim concedimus, illam fieri lezionem ut si qua mulier parvam habens dotem, deinde legem cognoscens nostram, aut si quis vir mediocrem fecerit ante nuptialem donationem ad circumventionem legis velit augmentum aut dotis aut ante nuptialis donationis facere ;

& hoc tradere ad insidias restitutionum : hanc enim perimimus circumventionem nullam utilitatem habere concedentes facientibus augmentum.

DIJON.

3°. L'augment faisant partie des conventions sans lesquelles peut-être n'auroit pas été fait le mariage, si l'on refusoit à la femme l'hypotheque subsidiaire sur les biens substitués en ligne directe pour son augment, comme la Loi le lui donne pour sa dot, ce seroit éloigner le mariage au lieu de le favoriser ; or c'est le cas où le bien public doit toujours prévaloir à celui des particuliers ; l'objet en est puissant, & il a déterminé Justinien à donner aux gains nuptiaux de la femme le même privilege qu'à sa dot, *ea enim quæ communiter omnibus prosunt iis quæ specialiter quibusdam utilia sunt præponimus.*

4°. En argumentant du douaire à l'augment *quia pari passu ambulant*, *Ricard* dans son traité des substitutions, *traité* 3, *ch.* 13, *partie* 2, *n.* 104, tient pour maxime que le douaire est aussi privilégié que la dot, »soit que notre douaire, dit cet Auteur, soit dérivé de la donation à cause des noces des Romains, que ceux des Provinces qui suivent le Droit civil appellent aujourd'hui augment de dot, ou qu'il ait pris ailleurs son origine ; de sorte que tenant parmi nous la même place que faisoit la donation à cause de mort chez les Romains, & celui-là étant établi aussi-bien que celui-ci pour récompenser la femme de la dot qu'elle a apporté à son mari, cessant quoi, dans nos mœurs, il est certain qu'un homme ne trouveroit à se marier qu'avec désavantage. Il n'y a point de difficulté que le privilege introduit par la Novelle en faveur des donations à cause des noces, doit être entendu parmi nous pour le douaire que les maris constituent à leurs femmes, & les Arrêts qui sont intervenus à ce sujet l'ont ainsi perpétuellement jugé«. *Bretonnier* dans son recueil par ordre alphabétique, page 414, en parlant de l'augment, atteste que la femme a le même privilege pour son augment que pour sa dot, suivant la Novelle 39, & que cela se juge ainsi dans tous les Parlemens du Royaume ; on en voit en effet plusieurs Arrêts *dans Mr. Louet & son Commentateur*, *lett. D*, *somm.* 21, dans Mr. *Maynard*, *liv.* 3, *chap.* 20, & dans Mr. *de Catellan*, tom. 2, pag. 116. Signés, *Mayrelet*, de *Minot*, *Lantin*, *Normand & Thiery.*

QUELQUES autres de MM. les Commissaires, au nombre de quatre, ont cru au contraire que cette hypotheque ne devoit

DIJON.

point être accordée pour l'augment ni pour le douaire. Leurs raisons ont été que dans la regle les biens fidéicommissés doivent passer à l'héritier substitué sans aucune diminution, n'étant pas libre au grevé de les engager ou aliéner. *Res quæ subjacent restitutioni, prohibentur alienari vel obligari*, ce sont les termes de *l'authent. res quæ ad commun. de leg. & fideicom.*

Il est vrai que la même authentique apporte une limitation à cette regle en faveur de la dot & de la donation à cause de noces, *ad dotis sive donationis propter nuptias obligationem*; & il est vrai encore que la plupart des Jurisconsultes & même des Tribunaux, comparant l'augment & le douaire à ces sortes de donations, ont conclu qu'il devoit avoir le même privilege; mais comme cela s'est fait par une erreur évidente, & dont les conséquences tendent à l'anéantissement des fidéicommis, on ne croit pas qu'un tel abus doive être autorisé par une Loi aussi sage que celle qui est attendue de Sa Majesté. Pour être persuadé de cette vérité, il n'y a qu'à bien connoître la différence des donations à cause de mort dont il est parlé en l'authentique, & des avantages qui sont accordés parmi nous aux femmes sous le nom d'augment & de douaire.

Tout le monde sait que chez les Romains la dot appartenoit en propriété au mari, quoiqu'elle dût être restituée à la femme en cas qu'elle lui survêcût. Mais comme le mari pouvoit la dissiper, il étoit d'usage que pour la sûreté de la femme, il lui fît, en l'épousant, une donation de pareille somme qui demeureroit comme non avenue après la restitution de la dot, & c'est ce qui s'appelloit *donatio propter nuptias*; cela est clairement établi par Peresius au tit. *cod. de donat. ante nupt. &c.* & par tous ceux qui ont traité cette matiere. Ainsi l'on voit que la veuve ne pouvoit jamais prétendre sa dot avec la donation à cause de noces en même temps, & que cette donation n'étoit point un titre purement lucratif, comme le sont parmi nous l'augment & le douaire qui appartiennent à la femme, outre ce qu'elle a apporté en mariage.

De là il est aisé de comprendre pourquoi l'authentique *res quæ*, ou plutôt la Novelle 39 d'où elle a été tirée, ont accordé à la donation à cause de noces le même privilege sur les biens substitués que la dot; la raison en est sensible, cette donation n'avoit jamais lieu cumulativement avec la dot, elle n'étoit faite que pour la remplacer, il étoit donc juste qu'elle eût les mêmes droits; mais il n'en est pas de même du douaire & de l'augment, tel

qu'il se pratique parmi nous, qui sont de purs gains pour la femme, & qui d'ailleurs étoient parfaitement inconnus des Romains.

DIJON.

Ce fait n'est pas douteux (*a*) à l'égard du douaire, mais quant à l'augment on n'en peut faire de doute à cause de la même Novelle, chap. 5, §. 1, il est parlé d'un *augmentum dotis*; mais il faut prendre garde que cela ne signifie que les augmentations de la dot faite par la femme, & dont il est parlé en plusieurs autres Loix. Or à l'égard de cet augment, comme il tient de la nature du reste de la dot, il n'y a nul doute qu'il n'ait les mêmes privileges comme le reconnoît *Fusarius de substit. quest.* 532, *n.* 36.

Mais l'augment dont il s'agit ici est entiérement différent, puisque c'est une pure libéralité que le mari fait sur son propre bien à sa femme, & qui est ordinairement d'une somme égale à la moitié de la dot qu'elle s'est constituée.

Or les Auteurs les plus favorables (*b*) à l'hypotheque subsidiaire de l'augment, n'ont pu s'empêcher de reconnoître que l'usage en étoit inconnu aux Romains, & *M. Cujas observat. liv.* 5, *chap.* 4, a fait voir que leurs donations à cause de noces étoient inusitées depuis long-temps en ce Royaume.

Cela étant, l'on demanderoit volontiers sur quoi pourroit être fondée cette hypotheque subsidiaire, tant pour l'augment que pour le douaire? Sera-ce sur la constitution de Justinien? On vient de voir qu'il n'y est pas dit un mot de ces avantages. Sera-ce sur la faveur du privilege? On sait qu'au contraire la regle veut qu'on ne les étende pas d'un cas à l'autre. Sera-ce enfin sur l'intention présumée de l'auteur du fidéicommis? Mais on ose assurer que ce seroit s'en éloigner entiérement; car on ne sauroit douter qu'il n'ait desiré que ses biens fussent transmis en leur entier jusqu'au dernier des héritiers par lui appellés; & cependant il peut arriver très-souvent que par le prélevement de la dot & de l'augment en faveur de la femme du premier institué, les biens fidéicommissés se trouveront ou entiérement consommés, ou considérablement diminués, sans compter les fraudes qui peuvent se commettre, & qui ne sont que trop fréquentes dans la reconnoissance que font les maris d'avoir reçu une dot plus considérable qu'ils ne l'ont reçue en effet.

(*a*) *L.* 26, §. 2, *de fundo dotal. L.* 8, *cod. de jur. dot. L.* 2, *cod. de dotis caut. non numer. &c.*

(*b*) M. le Président Faure, *cod. lib.* 6, *tit.* 23, *def.* 5, *n.* 2.

DIJON.

Et quoique l'inconvénient soit moins grand à l'égard du douaire qui ne touche point au fonds des biens, il ne laisseroit pas de faire un grand préjudice à l'héritier substitué en le privant de la jouissance des biens sujets au fidéicommis pendant toute la vie de la douairiere, préjudice qui devient encore plus sensible dans un siecle où l'on a porté à l'excès ces sortes d'avantages; que sera-ce si on étend cette hypotheque à tous les degrés du fidéicommis.

Aussi des Docteurs de grand nom, comme *Fusarius*, au lieu cité, *Peregrinus de fideicom. art.* 42, *n.* 84, & plusieurs autres, ont-ils été d'avis que l'hypotheque subsidiaire n'avoit lieu que pour le seul augment de la dot qui provenoit véritablement & sans fraude du bien de la femme, & non de celui qui lui avoit été constitué par son mari; & il paroît aussi que c'étoit le sentiment (*a*) de Me. *Jean-Marie Ricard* (quoiqu'il n'ait pas développé cette question avec sa netteté ordinaire) mais il n'a pas laissé de remarquer que la Novelle ne parle de la dot & de la donation à cause de noces, qu'avec une alternative & non pas cumulativement, comme elle feroit si la femme pouvoit prendre la donation à cause de noces sur les biens fidéicommissés, aussi-bien que la répétition de la dot; il a donc reconnu que dans les regles l'hypotheque subsidiaire ne devoit pas avoir lieu pour toutes les deux ensemble.

On oppose, 1°. Que si cette hypotheque est renfermée à l'augment & au douaire, l'héritier grevé trouvera mal-aisément à se marier, à moins qu'il n'ait des biens libres, la femme ne trouvant pas de sûreté pour ses avantages matrimoniaux.

Mais on répond que les Loix ne sauroient parer à tous les inconvéniens; si c'en est un que celui qu'on vient de proposer, il n'y en a pas moins à vouloir anéantir un fidéicommis dès le premier degré en le chargeant de tant de choses. C'est bien assez qu'on ait pourvu à l'indemnité de la dot sur les biens substitués ou fidéicommissés, sans assigner encore sur eux les avantages que le mari veut bien faire à sa femme. D'ailleurs il y auroit le même inconvénient pour les fidéicommis en ligne collatérale, & même encore plus grand, puisque l'hypotheque y est déniée pour la dot par les meilleurs interpretes, & cependant cela ne les arrête pas, par cette raison, que les privileges tels que celui-ci ne reçoivent pas d'extension d'un cas à un autre.

(*a*) Ricard, des subst. part. 2, n. 105.

On

On oppose, 2°. l'usage de presque tous les Tribunaux du Royaume, qui accordent le privilege dont il s'agit tant à l'augment qu'au douaire.

A cela deux réponses. La premiere, qu'en Bourgogne l'on a toujours refusé l'hypotheque subsidiaire pour le douaire; la Cour l'a jugé par deux Arrêts solemnels, l'un du 7 Août 1624, & l'autre du 18 Août 1641 : que si elle en a ordonné autrement pour l'augment des femmes usité en la Province de Bresse, c'est parce qu'elle y a trouvé le contraire établi à cet égard par une ancienne Jurisprudence attestée par M. le Président Favre, & elle s'est faite un scrupule de s'en écarter, sans cela les mêmes principes l'auroient conduite à refuser l'hypotheque pour l'augment comme pour le douaire. La seconde réponse est, que puisque Sa Majesté se propose de faire sur cette matiere une Loi générale, il est moins question ici d'examiner ce qui est en usage dans le plus grand nombre des Tribunaux, que ce qui est le plus conforme aux regles de la justice & à la véritable interprétation de la Novelle 39, à laquelle il semble qu'on doive uniquement s'attacher. Signés, *de Birbisey*, de *La Marre*, *Bouhier*, *Basin* & *Genreau*.

SI ELLE A LIEU POUR LES BAGUES ET JOYAUX?

QUOIQUE de célebres Auteurs tels que Peregrinus, *art.* 42, *n.* 8. *Fusarius*, *quest.* 531, *n.* 39 & 41. *Henrys*, *tom.* 1, *liv.* 6, *chap.* 2, *quest.* 8, & *Bretonnier* dans son recueil par ordre alphabétique, page 414, ayent été d'avis que les bagues & joyaux qui sont donnés par le mari à la femme dans son contrat de mariage, doivent avoir, suivant la Novelle 39 de Justinien, le privilege de la donation à cause de noces & de l'augment, ce sentiment cependant n'a pas été suivi en Bourgogne, le Parlement de Dijon ayant jugé par plusieurs de ses Arrêts, que la femme n'avoit point d'hypotheque subsidiaire sur les biens substitués pour les bagues & joyaux.

Cette Jurisprudence n'est pas particuliere à ce Parlement, elle est encore celle du Parlement de Paris, suivant les Arrêts rapportés par le Commentateur de *Mr. Louet*, *lett. D*, *somm.* 21.

Tout favorable que soit *Bretonnier* à l'opinion contraire, il est forcé de convenir dans ses observations sur *Henrys*, *tom.* 2, *liv.* 5, *chap.* 5, *quest.* 66, que la même chose a été encore depuis jugée par un Arrêt du Parlement de Paris du 28 Juillet 1692.

DIJON.

Deux raisons autorisent cette Jurisprudence. L'une, qu'il faut empêcher autant que l'on le peut l'aliénation des biens substitués, & qu'en donnant à la femme une hypotheque subsidiaire sur les biens du fidéicommis pour toutes les libéralités souvent excessives qui lui seroient faites dans son contrat de mariage, ce seroit laisser à l'héritier, chargé de rendre, la liberté d'anéantir la substitution. *Hoc fieret in eversionem fideicommissi.*

L'autre, que si la justice veut que la femme ne perde rien de tout ce qu'elle a apporté en se mariant, l'équité demande aussi qu'elle ne s'enrichisse pas aux dépens du substitué.

Or dans le concours du substitué & de la femme, la cause du substitué doit paroître la plus favorable, parce qu'il ne combat que pour s'empêcher de perdre. *Certat de damno vitando*; au lieu que la femme n'agit que pour retirer plus qu'elle n'a apporté. *Certat de lucro captando.* Ainsi les Commissaires estiment que l'hypotheque subsidiaire de la femme n'a pas lieu sur les biens substitués pour les bagues & joyaux. Signés, de *Birbisey*, de *La Marre*, *Bouhier*, *Lantin*, *Mayrelet*, de *Minot*, *Basin*, *Normand*, *Genreau* & *Tinseau.*

SI ELLE A LIEU POUR LE DOUAIRE ET LE PRÉCIPUT?

Le douaire, selon les Auteurs, étant dans les pays de coutume ce qu'est l'augment dans les pays de droit écrit, les Commissaires se sont trouvés partagés sur la premiere partie de la question, de même qu'ils l'ont été sur celle de l'augment où les raisons des deux avis sont rapportées.

Quant à la seconde partie de la question, les Commissaires estiment que l'hypotheque subsidiaire de la femme sur les biens substitués n'a pas lieu pour le préciput, qui n'étant autre chose qu'une certaine portion de meubles que doit prendre le survivant avant que de procéder au partage, ou pour cette portion une somme ordinairement réglée par le contrat, ne doit pas avoir la même faveur que la donation pour cause de noces, d'autant mieux qu'il n'est pas regardé comme une chose nécessaire au mariage. Signés, de *Birbisey*, de *La Marre*, *Bouhier*, *Lantin*, *Mayrelet*, de *Minot*, *Basin*, *Normand*, *Genreau* & *Tinseau.*

SI ELLE A LIEU POUR LE REMPLOI DES PROPRES ET AUTRES INDEMNITÉS?

Il a paru aux Commiſſaires que la queſtion ne pouvoit regarder que les ſeuls pays du droit écrit où la Loi *Julia de fundo dotali* a été abrogée par une Déclaration du Roi du 21 Août 1664, & le pays de coutume où la femme peut valablement conſentir à l'aliénation de ſes biens dotaux; car dans tous les autres pays du droit écrit où la Loi *Julia* & l'Authentique *ſi qua mulier* ſont obſervées, on ne connoît ni remploi des propres ni indemnité, parce que ſuivant les titres du digeſte & du code, la femme ne peut pas même de ſon conſentement aliéner ſa dot, *etiam ſi* (dit la Loi) *conſenſientibus mulieribus alienatio procedat ne ſexus muliebris fragilitas in perniciem ſubſtanciæ earum convertatur.*

La Loi donnant donc à la femme une action directe pour revendiquer ſes biens des mains de ceux qui les poſſédent, il ne ſeroit pas juſte de lui donner aucune action ſubſidiaire ſur les biens ſubſtitués.

En ce qui regarde les pays de droit écrit & de coutume où la Loi *Julia* n'a pas lieu, les Commiſſaires eſtiment qu'il y auroit une diſtinction à faire des propres aliénés par la femme volontairement, & de ceux dont elle n'a pu empêcher l'aliénation, ou qu'elle a été obligée de faire par néceſſité.

Ils ſont d'avis, au premier cas, que l'hypotheque ſubſidiaire de la femme ſur les biens ſubſtitués n'a pas lieu pour le remploi des propres aliénés volontairement, parce que n'ayant pu refuſer ſon conſentement, & n'ayant point de cauſe légitime qui l'ait engagée à le donner, elle doit s'en prendre à elle-même de s'être interdit de recouvrer ſubſidiairement ſa dot ſur les biens ſubſtitués en ligne directe : ils penſent au contraire au ſecond cas que l'hypotheque ſubſidiaire de la femme a lieu pour le remploi des propres lorſqu'elle n'a pu en empêcher l'aliénation, ou qu'elle a été obligée d'y conſentir par néceſſité.

Si la femme, par exemple, avoit vendu & aliéné ſes biens dotaux pour tirer de priſon ſon mari, ſon pere ou ſes enfans, ou ſi le mari ayant reçu ſans le conſentement de ſa femme, comme il le peut, le rembourſement d'une rente provenant de ſon chef, en avoit diſſipé le fond, comme dans ce cas l'aliénation ne peut lui être imputable, il n'y auroit pas de la juſtice de

DIJON.

lui faire perdre une dot à la conservation de laquelle les Loix se sont intéressées : quant aux autres indemnités pour les dettes auxquelles la femme s'est obligée pour son mari, le sentiment unanime des Auteurs est que la femme n'a point d'hypotheque subsidiaire sur les biens substitués, par la seule considération que ce sont ordinairement des créanciers qui exercent ses actions, & que le privilege donné par la Loi à la femme de reprendre subsidiairement sa dot sur les biens substitués en ligne directe lui étant personnel, il ne doit pas passer à ses créanciers.

Ainsi les Commissaires estiment que l'hypotheque subsidiaire de la femme sur les biens substitués en ligne directe, ne doit avoir lieu pour le remploi des propres, que quand l'aliénation aura été faite par nécessité, ou que la femme ne l'aura pu empêcher, mais qu'elle n'aura pas lieu pour les autres indemnités. Signés, de *Birbisey*, de *La Marre*, *Bouhier*, *Lantin*, *Mayrelet*, de *Minot*, *Basin*, *Normand*, *Thiery & Genreau.*

FLANDRES.

On a jugé au Parlement de Flandres, que le privilege subsidiaire de la femme sur les biens substitués a également lieu pour les intérêts comme pour le capital de la dot par la raison que les intérêts étant accessoires du principal, on a cru qu'ils devoient avoir le même privilege ; & comme on s'est conformé dans ce Parlement à la Jurisprudence des Arrêts de la plupart des autres Parlemens, qui ont étendu à la restitution de la dot la disposition de la Novelle de Justinien, qui ne concerne néanmoins que la constitution de la dot, ç'a été une conséquence d'étendre aussi cette disposition aux intérêts.

SI ELLE A LIEU POUR L'AUGMENT?

L'AUGMENT de la dot usité dans les pays du droit écrit, n'est point connu dans notre ressort qui est un pays coutumier où le douaire a lieu : on a jugé en ce Parlement que le douaire tant préfix que coutumier peut être pris subsidiairement sur les biens substitués, par la raison que le douaire parmi nous tient lieu de la donation à cause de noces des Romains, qui pouvoit être pris subsidiairement sur les biens substitués suivant la Novelle 39.

Nous croyons par la même raison que dans les Provinces où l'augment de la dot tient lieu de donation à cause de noces, il doit aussi se prendre subsidiairement sur les biens substitués.

POUR LES BAGUES ET JOYAUX.

Nous croyons que les bagues & joyaux doivent être considérés comme une donation à cause de noces & un gain nuptial, & qu'ils doivent être repris subsidiairement sur les biens fidéicommissés, lorsqu'avec les autres avantages stipulés par le contrat de mariage ils n'excédent point ce qui est réglé par les coutumes, l'Edit perpétuel de 1611 & les autres Ordonnances.

POUR LE DOUAIRE ET LE PRÉCIPUT.

Il a été jugé au Parlement de Flandres, que le douaire coutumier se prend sur les biens substitués, & qu'il en est de même du douaire préfix lorsqu'il n'excede point ce qui est réglé par l'Edit perpétuel de 1611, par lequel il est statué que le douaire conventionnel ne peut excéder la moitié des revenus des biens immeubles délaissés par le mari.

On a aussi jugé que les avantages qu'on a coutume de stipuler en faveur des femmes, outre le douaire, soit à titre de chambre garnie ou autrement, peuvent être pris sur les biens substitués, quand ces avantages, compris le douaire, n'excédent point ce qui est réglé en faveur des femmes par l'Edit perpétuel ou par les coutumes.

POUR LE REMPLOI DES PROPRES ET AUTRES INDEMNITÉS.

Nous ne croyons pas que le privilege de la femme puisse avoir lieu sur les biens substitués pour le remploi des propres & autres indemnités ; on ne pourroit l'accorder dans ce cas sans donner lieu à l'anéantissement des substitutions, & la femme doit s'imputer d'avoir consenti à ces aliénations.

Au reste, quelle que soit la Jurisprudence sur ces questions, & quelles que soient les raisons même de la faveur du bien public des mariages sur lesquels elle est établie, on est obligé de convenir que si l'on franchit les bornes de l'authentique *res quæ cod. de leg.* tirée de la Novelle 39, *cap.* 1, pour l'étendre à la restitution de la dot, aux intérêts, à l'augment, aux bagues & joyaux, & au remploi des propres & autres indemnités, les biens substitués

FLANDRES. se trouveront souvent entiérement absorbés au premier degré contre les termes & l'esprit de la Loi, qui n'accorde ce privilege qu'à la dot à constituer du côté de la femme, & à la donation à cause de noces ou douaire que le mari accorde à sa femme, *pro modo honestati personarum congruo* ; il conviendroit peut-être mieux de réduire par une Loi nouvelle ce qu'on peut prendre sur les biens substitués aux simples termes de la Loi, c'est-à-dire à la constitution d'une dot & une donation à cause de noces ou douaire; nous pensons que cela étant ainsi réglé, ceux qui sont grevés de substitution ne trouveront pas moins de mariages convenables à leur condition, & on trancheroit par ce moyen toutes les questions subsidiaires qui ne peuvent que très-difficilement compatir avec la Loi. Signés, de *Pollinchon*, *Pinault* de *Banneaux*, *Douche* de *Beaulieu*, *Visant* de *Ponange*, de *Burges*, *Bissehop*, *Curpin*, de *Calonne*, *J. Vaymel*, *Duparq* & *Vermineau*.

GRENOBLE. L'HYPOTHEQUE subsidiaire de la femme sur les biens substitués n'a lieu que pour le principal de la dot de la femme & non pour les intérêts échus pendant le mariage, & elle a lieu pour l'augment & pour les bagues & joyaux; & la question pour le douaire, le préciput, le remploi des propres & autres indemnités, ne peut pas naître au Parlement de Grenoble, du moins pour être décidée sur les principes du droit écrit.

Il y a apparence que si la question s'y présentoit, l'on donneroit l'hypotheque subsidiaire pour le douaire & le préciput, & non pour le remploi des propres & l'indemnité. Signés, de *Gramont*, premier Président, *Marnays*, de *Beauvais*, *Garnier*, *Leusse* des *Costes* & *Dalmas*.

METZ. L'HYPOTHEQUE subsidiaire de la femme doit avoir lieu pour le capital de la dot & non pour les intérêts ; elle doit aussi avoir lieu pour l'augment, les bagues & joyaux, le douaire & le préciput; mais il n'en est pas de même pour le remploi des propres & autres indemnités, parce que la femme en consentant à l'aliénation a dérogé par son propre fait à son privilege. Signés, de *Montholon*, *Pierre* de *Lange*, *Bertrand*, *Muzac*, *Le Goulon*, de *Champel*, *Lançon* & *Bonneau*.

PAU. CETTE question ne peut se présenter parmi nous à cause du réglement de 1667, dont mention est faite sur la question 36,

& nous ignorons qu'elle se soit présentée depuis qu'il peut y avoir eu quelque changement à l'exécution de ce réglement depuis la Déclaration de 1690.

Mais nous croyons que la femme doit avoir l'hypotheque subsidiaire pour les intérêts de sa dot ; c'est un accessoire qui doit suivre le principal.

A l'égard de l'augment, bagues & joyaux & douaire, nous croyons aussi qu'elle doit avoir l'hypotheque, ce sont des gains nuptiaux ordinaires auxquels l'authentique donne le même privilege qu'à la dot ; il est à présumer que l'auteur de la substitution a voulu que ceux qu'il y a appellés se mariassent convenablement, & ils ne sauroient le faire sans ces sortes de conventions. A l'égard du préciput, nous croyons que s'il est stipulé à prendre sur la communauté, les biens substitués ne peuvent en répondre à cause de l'affectation expresse sur les biens de la communauté qui semble exclure les autres, & des fraudes qu'on pourroit faire à cet égard.

Pour ce qui est du remploi des propres & autres indemnités, la question ne peut avoir lieu parmi nous. A l'égard des aliénations des biens dotaux & des hypotheques contractées par la femme pour son mari, nous observons la Loi *Julia* & le Senatus-Consulte *Velleyen* ; mais à l'égard du remploi des autres biens particuliers de la femme & sur tout le reste, dans les pays où la Loi *Julia* & le Senatus-Consulte *Velleyen* n'ont pas lieu, il y a eu différence de sentimens parmi les Commissaires.

Quelques-uns ont cru que la femme devoit avoir l'hypotheque subsidiaire pour ce remploi, parce que quoique à cet égard la femme ne puisse être regardée que comme créanciere de son mari, & qu'en cette qualité elle ne puisse avoir prise sur les biens substitués, néanmoins il semble qu'on doit faire différence entre un créancier volontaire qui doit s'imputer de n'avoir pas pris ses précautions, & un créancier que l'on peut dire involontaire & forcé, puisqu'on ne peut imputer à une femme la facilité qu'elle a eu de consentir à l'aliénation de son bien, ou d'entrer dans les hypotheques consenties par son mari ; & d'ailleurs il est des cas où ces aliénations & ces hypotheques sont nécessaires pour le bien & l'avantage de la famille.

Mais le plus grand nombre a cru qu'il n'étoit pas juste d'accorder à la femme l'hypotheque subsidiaire pour ce remploi, sauf dans le cas d'aliénation ou d'hypotheque nécessaire, connue &

PAU.

décidée telle par le Juge avant de faire l'aliénation, ou de consentir l'hypotheque, parce qu'autrement ce feroit fournir un prétexte de détruire entiérement les substitutions en favorisant la fraude : une femme consentiroit aisément à l'aliénation de ses biens dont le prix lui feroit remis par le mari, & ensuite pour ce prétendu remploi elle enleveroit les biens substitués. Signés, de *Gaubert*, premier Président, *Casault*, *Mignon*, *Dedoat*, *Desclaux*, *Mesplés*, *Bordenave*, *Dejean*, *Lesans*, *Bonnecase*, *Casenave* & de *Casaux*.

PAU.
M. DE GAUBERT, premier Président.

BRETONNIER sur Henrys, *tom.* 1, *liv.* 5, *chap.* 66, discute avec un grand ordre toutes les questions concernant l'action subsidiaire de la femme sur les biens substitués pour les conventions du mariage, suivant l'authentique *res quæ cod. communia de legat. & fideicom.*

Sur la question si la femme a le même privilege pour les intérêts de la dot comme pour le principal, *Peregrinus de fideicom.* ramene pour & contre les raisons & autorités sans décider, art. 42, n. 96.

Graverol, *sur M. Larroche*, *liv.* 2, *tit.* 6, *art.* 4, atteste que le Parlement de Toulouse ne donne point ce privilege pour les intérêts de la dot, il donne une raison qui n'est point d'un grand poids, *quia duâ causâ lucrativâ non concurrunt circa idem objectum ;* c'est plutôt que le Parlement de Toulouse n'a jamais été favorable pour les intérêts de quel titre qu'ils procédent.

Basset, pour le Parlement de Grenoble, rapporte un Arrêt du 16 Décembre 1655, qui a jugé que ce privilege de l'action subsidiaire de la femme sur les biens substitués, n'a lieu que pour le principal & non pour les intérêts.

Mr. de Catellan, *tom.* 2, *liv.* 4, *chap.* 44, cite deux Arrêts du Parlement de Toulouse qui fixent la Jurisprudence de ce Parlement. Ces Arrêts du 8 Août 1662 & 1690, qui ont jugé que le même privilege a lieu pour les intérêts de la dot & de l'augment, pour les intérêts de la dot depuis que la femme a cessé d'être nourrie dans la maison de l'héritier grevé, & pour ceux de l'augment depuis l'instance.

Dans les pays du droit écrit du ressort du Parlement de Paris, l'on adjuge pareillement les intérêts de la dot subsidiairement sur les biens substitués. *Henrys* rapporte un Arrêt du 3 Février 1575.

Nous estimons, sans nulle difficulté, que l'hypotheque subsidiaire

diaire de la femme sur les biens substitués a lieu pour les intérêts de la dot comme pour le principal.

SI ELLE A LIEU POUR L'AUGMENT?

PAR la *Novelle* 39 la femme jouit de cette hypotheque subsidiaire. *Res quæ subjacent restitutioni prohibentur alienari quidem vel obligari sed si liberis portio legitima non sufficit ad dotis sive donationis propter nuptias obligationem permittitur res prediclas in eam causam alienare vel obligare pro modo honestati personarum congruo.* Dictâ Novell. 39.

Tous les Parlemens par leur Jurisprudence accordent cette hypotheque subsidiaire pour l'augment. *Mr. Catellan*, *tom.* 2, *liv.* 4, *chap.* 44, ajoute que c'est une Jurisprudence constante au Parlement de Toulouse. *Ferriere*, *sur Guy Pape*, *quest.* 96, atteste la même chose.

Mr. Louet, *lett. D*, *somm.* 21, *& Brodeau*, citent plusieurs Arrêts. Cette Jurisprudence fondée sur la présomption que l'intention du testateur a été que ceux au profit de qui la substitution a été faite se mariassent convenablement à leur état & condition, ce qu'ils ne sauroient faire qu'en assurant la dot & augment des femmes.

Nous croyons sur ces mêmes principes que la femme a l'hypotheque subsidiaire sur les biens substitués pour l'augment.

POUR LES BAGUES ET JOYAUX.

L'EMPEREUR Justinien dans sa Novelle 39 étend ce privilege à tous les gains nuptiaux. *Nuptialium lucrorum exceptionem facimus ;* or l'on convient que les bagues & joyaux sont compris sous le nom de donation à cause de noces, & font partie des gains nuptiaux : le testateur & substituant est présumé avoir en vue le mariage de ceux qu'il appelle à la substitution, leur permettant pour cet effet d'engager les biens substitués pour la sûreté de tous les avantages qu'on a coutume de faire aux femmes, *pro modo honestati personarum congruo.*

Bretonnier, *sur Henrys*, *tom.* 1, *liv.* 5, *quest.* 56, dit que dans les pays Lyonnois les bagues & joyaux sont dus de plein droit sans aucune stipulation, se réglant sur la quotité de la dot & de la condition des personnes, savoir la dixieme partie du montant de la dot entre nobles, & la vingtieme entre roturiers.

PAU. M. DE GAUBERT.

Antonius Faber, *cod. de jur. dot. defin.* 5, dit qu'en Savoie les bagues & joyaux sont dus de plein droit. *Si certam & lege conventionem non acceperint boni viri arbitrio sic existimari debent pro personarum qualitate & conditione, sed si inter plebeios agatur vigesimâ partis doti respondeant, si inter nobiles decimâ, si inter nobiliores quintâ.*

Il est certain que les bagues & joyaux se réglent communément comme l'augment, devant avoir le même privilege. *Peregrin. de fideicom. art.* 42, *n.* 80, il y a néanmoins un Arrêt du Parlement de Paris du 28 Juillet 1692; par lequel l'hypotheque subsidiaire fut accordée pour le douaire seulement.

Marie Ricard, *tom.* 1 *des donations*, *part.* 3, *chap.* 9, *glose* 7, *n.* 1346, confond & met au même rang les constitutions dotales, les donations à cause de noces & bagues & joyaux, sans rien décider sur la question. Le Parlement de Paris n'accorde point ce privilege pour les bagues & joyaux dans les pays du droit écrit de son ressort.

Nous estimons qu'il convient de donner l'action subsidiaire à la femme sur les biens substitués pour les bagues & joyaux, conformément à la Novelle 39, les bagues & joyaux étant compris *intra lucra nuptialia*, faisant partie des conventions du mariage pour la stipulation comme la dot, l'augment, le douaire, qui se prennent subsidiairement sur les biens sujets au fidéicommis.

POUR LE DOUAIRE ET LE PRÉCIPUT.

LE douaire coutumier est presque ce qu'est l'augment en pays de droit écrit, l'un & l'autre introduit pour donner aux veuves les moyens de vivre honorablement selon la condition de leurs défunts maris; il y a douaire coutumier & douaire préfix, du tiers, de la moitié, de certains biens du mari.

Bretonnier, *sur Henrys*, *tom.* 1, *liv.* 5, *quest.* 56, atteste que la femme pour son douaire a une hypotheque subsidiaire sur les biens substitués conformément à la Novelle 39, *sit quæ hoc nuptialibus donationibus & harum exactionibus privilegium.*

Marie Ricard, *des substitutions directes & fidéicommissaires*, *traité* 3, *chap.* 13, *sect.* 1, *part.* 2, *n.* 104, dit qu'il n'y a nul doute que le privilege introduit par la Novelle 39 pour les donations à cause de noces doit être étendu pour le douaire, les Arrêts l'ayant perpétuellement jugé.

Filleau rapporte un Arrêt du 23 Mars 1602, qui a jugé qu'une femme a l'hypotheque sur les biens de son mari substitués, pour sa dot, augment & autres donations & avantages.

PAU. M. DE GAUBERT.

Nous croyons que l'hypotheque subsidiaire de la femme sur les biens substitués, doit avoir lieu pour le douaire qui fait partie des conventions du mariage.

A l'égard du préciput qui est une libéralité que les mariés se font à prendre sur les biens de la communauté, quoiqu'il ait été jugé que la femme pouvoit le prendre sur les propres du mari, les biens de la communauté étant épuisés par la restitution des deniers dotaux & autres dettes, il ne paroît point raisonnable que la femme ait hypotheque subsidiaire sur les biens substitués pour le préciput.

POUR LE REMPLOI DES PROPRES ET AUTRES INDEMNITÉS.

DANS les principes du droit Romain la femme n'avoit nul recours sur les biens substitués, n'en ayant pas même besoin pour le remploi de sa dot aliénée, les biens dotaux ne pouvant être aliénés. *Leg. Julia cod. de fundo dotali*, la femme ayant un recours contre les acquéreurs & possesseurs.

Mais dans les cas où (par exemple) la dot est pécuniaire, que le mari, comme légitime administrateur, s'en est rendu débiteur, recevant la dot ou en ayant pris le remboursement, le remploi de cette dot & des autres biens propres de la femme ayant été aliénés, il semble que ce remploi devoit être fait subsidiairement sur les biens substitués. L'on peut solidement objecter qu'en donnant ce recours à ce remploi des biens propres de la femme aliénés, subsidiairement sur les biens substitués, les biens du fidéicommis seroient bientôt épuisés, souvent par des fraudes concertées entre le mari & la femme, *in præjudicium & eversionem fideicommissi*, comme l'observe *Ferriere, sur Guy Pape, quest.* 96, lequel cite la Loi *mulier* 22, §. 4, *ff. ad S. C. trebell.* à quoi l'on peut répondre que les fraudes ne se présument point, il faudroit les établir. Il paroît d'ailleurs absurde qu'on conserve à la femme pour son augment, douaire, bagues & joyaux, qui est un pur profit, une hypotheque subsidiaire sur les biens substitués comme il a été observé ci-dessus, & qu'on lui refusât pour l'aliénation de ses propres & autres indemnités qui méritent plus de faveur;

PAU.
M. DE GAUBERT.

car pour le remploi des propres, il s'agit de ne point perdre; & pour l'augment, douaire, bagues & joyaux, il s'agit de gagner. Dans l'augment c'est faveur, libéralité, bienfaits; pour le remploi des propres c'est justice.

Bretonnier, sur Henrys, tom. 1, *liv.* 5, *quest.* 46, rapporte un Arrêt du Conseil d'Etat du 24 Janvier 1678, par lequel les biens substitués ont été déclarés subsidiairement affectés & hypothéqués à toutes les conventions du mariage, remploi & indemnités. Arrêt au profit de Françoise de Lorraine, Duchesse de Vendôme; mais il faut observer qu'il y avoit dans le contrat de mariage la clause du remploi & d'indemnité stipulée.

Le même Bretonnier convient que la commune opinion des Avocats consultans du Parlement de Paris est, que les femmes n'ont point d'hypotheque subsidiaire sur les biens substitués pour leurs remplois & indemnités; néanmoins Bretonnier semble incliner à l'avis contraire, que l'hypotheque subsidiaire sur les biens substitués est due à la femme pour le remploi des propres & autres indemnités.

Dans les Provinces du droit écrit qui suivent le droit Romain, la femme ayant l'exception du *Velleyen*, & pouvant se faire relever de ses engagemens, lorsquelle est entrée dans les obligations contractées par le mari, la question de l'indemnité tombe & devient inutile; mais dans les lieux, comme à Paris, où la femme peut valablement s'obliger pour son mari & intercéder, il semble que quand la femme auroit le privilege du recours subsidiaire sur les biens substitués du mari pour ses remplois & autres indemnités, ce privilege exorbitant *in eversionem fideicommissi* personnel à la femme, ne seroit point communiqué à ses créanciers moins favorables que la femme. *Cujus solius providentia hoc induximus*, comme dit l'Empereur Justinien §. *fuerat* 29, *instit. de actionibus*.

Il faut observer qu'avant la réformation de la coutume de Paris faite en 1580, l'on ne reconnoissoit point l'action du remploi des propres aliénés de la femme & autres indemnités, la femme ayant toute liberté de vendre ses propres séparés de la communauté pour en faire fonds dans la communauté avec son mari, dont le profit & augmentation dépendoit principalement de l'industrie du mari; celui-ci n'étant point chargé d'en faire emploi, la femme couroit risque du profit ou de la perte de la communauté; si elle étoit bonne, la femme trouvoit

son indemnité dans le partage ; si elle étoit mauvaise, c'étoit un malheur commun avec son mari. Le fond de la communauté manquant, nul recours ni remploi sur les biens propres du mari, par la présomption que la femme aliénant ses biens, elle y a trouvé d'ailleurs ses avantages, moins encore pouvoit-elle avoir un recours subsidiaire sur les biens substitués.

PAU. M. DE GAUBERT.

Par les Arrêts, depuis la réformation de la coutume de Paris, il a été jugé qu'en défaut des biens de la communauté le remploi des propres aliénés de la femme est pris sur les propres du mari, lequel étant le chef & l'administrateur en seul des biens de la communauté, il est présumé que dans la vue de quelques avantages de la communauté le mari a engagé sa femme à vendre ses propres; cet avantage ne se trouvant point sur la communauté, la femme est fondée à recourir sur les propres du mari.

Il faut encore remarquer qu'il y a des Arrêts qui ont donné l'hypotheque à la femme sur les biens du mari pour le remploi des biens aliénés de la femme du jour du contrat de mariage. Le motif de cette Jurisprudence est que la personne de la femme & ses biens sont sous la tutelle du mari ; & comme un mineur a une hypotheque sur les biens de son tuteur, nonseulement du jour de la mauvaise administration, mais du jour qu'il a commencé à gérer & à administrer ; ainsi la femme doit, ce semble, avoir hypotheque du jour de son contrat de mariage qui l'a mise sous la Loi du mari.

Il y a en cela même des fraudes à craindre, le mari depuis son mariage aura seul contracté beaucoup de dettes, si postérieurement il vend les propres de sa femme & en consume le prix, la femme rendra inutile les hypotheques antérieures des créanciers à ces ventes, le mari mettra à couvert le prix des propres aliénés de sa femme, & sa femme de son côté garantira les biens de son mari de l'hypotheque de ses créanciers particuliers. Quelles fraudes, & quels troubles dans la vie civile !

La coutume de Bretagne qui a prévu ces inconvéniens, art. 439, rapporté par d'Argentré, porte que la femme n'aura le remploi des propres aliénés sur les biens du mari que du jour de l'aliénation.

Il y auroit la même raison pour les autres indemnités, la femme contractant conjointement avec son mari des dettes, on suivoit la Loi générale de tous les contractans, suivant la Loi *reos* 11, §. *cum in tabulis de duobus reis.*

PAU.
M. DE GAUBERT.

Les conjoints qui s'obligeoient l'un pour l'autre payoient la dette *pro media*, chacun par moitié, sans nul recour sde la femme sur son mari, voilà l'ancienne Jurisprudence. Voyez *Mr. Louet, lett. F, somm.* 17; mais depuis l'Arrêt célebre de Coignet du 17 Mars 1608, il a été jugé que la femme viendroit en ordre par l'insuffisance des biens de la communauté du jour de son contrat de mariage, sur les propres de son mari, pour le remploi des propres aliénés, & pour l'indemnité des dettes auxquelles elle s'étoit obligée; il faut observer que la cause du remploi & indemnité étoit stipulée dans le contrat de mariage.

Nous estimons sur la question proposée, bien que la femme soit *in vinculis mariti*, un créancier involontaire, le remploi & les indemnités quoique favorables d'ailleurs ne doivent point avoir ce privilege indéfiniment; que la femme n'a pas l'hypotheque subsidiaire sur les biens substitués pour le remploi de ses biens aliénés & autres indemnités, sauf dans le cas de l'aliénation & hypotheque nécessaire faite pour le bien & avantage de la famille, connue & déclarée telle par le Juge.

TOULOUSE.

L'HYPOTHEQUE subsidiaire de la femme sur les biens substitués a lieu pour les intérêts de la dot comme pour le capital (*a*), parce qu'ils sont de même nature, pourvu que l'auteur de la substitution soit un ascendant, & que la dot soit reçue & effective.

Elle a encore lieu nonseulement pour l'augment coutumier ou conventionnel, mais encore pour les intérêts de l'augment depuis l'interpellation en cause, pourvu que l'augment conventionnel soit reciproque & proportionné aux facultés & à la qualité des conjoints, *pro modo honestati personarum congruo.*

A l'égard des bagues & joyaux nous ne croyons pas qu'ils puissent être pris subsidiairement sur les biens substitués, parce qu'ils ne peuvent être regardés que comme une libéralité que le mari fait à sa femme, & qui ne mérite pas le même privilege que la dot & l'augment dotal.

Comme le douaire n'est autre chose que ce que nous appellons augment coutumier à quelque différence près, & que le préci-

(*a*) Catellan, liv. 4, chap. 44. Larroche-Flavin, liv. 2, tit. 6, arr. 4, liv. 6, tit. 4, arr. 9. Duranti, quest. 2, & *ibid.* Ferriere, Maynard, liv. 3, chap. 18, liv. 9, chap. 17. Dolive, liv. 3, chap. 22. Cambolas, liv. 5, chap. 10, Novell. 39, & *authent. res quæ comm. de legat.*

put est un avantage reciproque qui est en usage en certains pays, ce qui a beaucoup de rapport avec ce que nous appellons augment conventionnel, nous croyons que l'hypotheque subsidiaire doit avoir lieu pour l'un & pour l'autre.

TOULOUSE.

Il n'en est pas de même du remploi des propres & autres indemnités, parce que la femme qui pouvoit s'opposer à l'aliénation ou à l'obligation de ses propres doit s'imputer d'y avoir consenti : au reste, c'est une question étrangere pour nous, parce que le fonds dotal est inaliénable, & que la femme peut révoquer les aliénations que le mari a fait même de son consentement. Signés, le *Président Daspe*, *Comere* de *Labastide*, *Pegueyroles*, *Bastard*, de *Catellan-Lamasquere*, *Cassand*, *Aymar*, *Caussade*, *Azemar*, de *Celés*, *Paracsa*, *Daspe* de *Meilhan* & *Le Masuyer*.

PARIS.
M. le Procureur Général.

Le premier membre de cette question ne sauroit souffrir le moindre doute, si on suit la pluralité des suffrages & les préjugés des Arrêts, puisqu'il n'y a que les seuls Parlemens de Grenoble & de Metz, qui ne donnent pas aux intérêts les mêmes privileges qu'à la dot, & qu'il y a plusieurs Arrêts de différens Parlemens en faveur du privilege.

On peut dire que les raisons qui ont formé l'avis du plus grand nombre des Cours, sont des raisons auxquelles il n'y a point de replique. Si la faveur du mariage donne à la dot le privilege sur les biens substitués ; s'il est évident qu'une substitution qui renferme toujours le vœu de la procréation des enfans, & par conséquent du mariage, doit aussi renfermer les moyens dont le principal est l'affectation des biens substitués à la dot, peut-on douter que les intérêts ne doivent être égalés à la dot même ? Sans cela une femme s'exposeroit-elle à contracter un mariage, pour risquer, après sa dissolution, de consommer sa dot pendant les chicanes qu'on lui feroit pour la restitution, & d'en prendre ensuite les intérêts ? Ce seroit aller contre l'intention présumée de celui qui a formé la substitution, puisque ce seroit mettre un obstacle à sa perpétuité en mettant un obstacle aux mariages que les appellés pourroient contracter.

Ainsi le Parlement de Grenoble, dont l'avis paroît d'abord contraire, n'a point prévu ces raisons ; on voit évidemment qu'il n'a pas traité la question de la dot apportée à un grevé de substitution, il n'a traité que celle de la dot donnée par un grevé à une de ses filles suivant l'usage du Droit Romain.

PARIS.

Mais ce n'eſt point la queſtion qui a été propoſée, & quoiqu'elle ait été très-ſavamment traitée par un des rédacteurs, les Cours n'ayant point été conſultées ſur cette queſtion, il ſeroit très-difficile de ſonger quant à préſent à la décider; ainſi l'on peut dire que ſur la queſtion propoſée le Parlement de Metz eſt le ſeul de ſon avis.

On pourroit entrer peut-être dans le tempérament d'un des rédacteurs, de ne prendre les intérêts de la dot que ſur les revenus des biens ſubſtitués & contre ceux qui en auroient joui; mais la Loi ne paroîtroit pas aſſez ſimple, & ſon exécution ſeroit ſujette à trop d'inconvéniens.

En effet, ce ſeroit ſouvent expoſer la femme à avoir ſon recours ſur des inſolvables qui auroient joui des revenus. Quand il y auroit même des revenus ſubſiſtans, il faudroit ou donner à la femme un privilege, ce qui ſeroit une nouveauté preſqu'impoſſible, ou elle ne toucheroit que par contribution, ce qui lui ôteroit une partie du droit, qui, ſuivant tous les principes, doit avoir la même faveur que le capital.

On a fait attention aux deux cas qui peuvent donner lieu à la reſtitution de la dot, & par conſéquent aux intérêts, celui de la diſſolution du mariage & celui de la ſéparation des biens; mais on n'a pas cru devoir faire une déciſion différente pour des cas qui paroiſſent abſolument ſemblables.

Le ſecond membre qui regarde l'augment paroît exiger la même déciſion: l'augment eſt une véritable dot qui doit être réglée par les mêmes principes; c'eſt l'avis unanime de toutes les Cours. Celui de Provence qui ne l'admet point, mais qui admet des donations au ſurvivant, donne à ces donations le même privilege qu'à la dot; & quoique la queſtion ait diviſé les Commiſſaires du Parlement de Dijon, parce qu'il y a eu dans ce Parlement différens Arrêts ſur cette queſtion, quoique le motif de ceux qui ont opiné contre l'augment ne laiſſe pas d'être de quelque conſidération, il eſt difficile de ne pas céder au plus grand nombre des ſuffrages, à la déciſion des derniers Arrêts & même de ceux du Parlement de Dijon, à la diſpoſition de la Novelle 39 qui donne privilege à la dot & à tous les gains nuptiaux, pourvu qu'ils ne ſoient pas exorbitans, à l'intérêt enfin des mariages, & par rapport à la perpétuité des ſubſtitutions.

Le cas d'un augment frauduleux, parce qu'il ſeroit exceſſif, a été traité légérement par toutes les Cours, quoique la plus grande

grande partie l'aient alléguée dans leur avis, cette considération ne paroît pas cependant à négliger, sans cela il ne tiendroit qu'au mari d'épuiser, quand il voudroit, tous les biens substitués. Il est vrai qu'en formant une exception, c'est donner lieu à des procès, pour savoir ce qui devra être jugé excessif; aussi en n'en parlant point dans la Loi nouvelle, ce seroit donner à entendre que l'augment quelque excessif qu'il pût être auroit le privilege égal à la dot; il semble donc que l'on pourroit limiter cette disposition à un augment tel qu'il est autorisé par la Loi ou par l'usage.

PARIS.

La question des intérêts de l'augment n'a presque point été traitée, la question proposée n'en fait point mention; mais en décidant le privilege de l'augment & des intérêts de la dot, laissera-t-on indécis celui des intérêts de l'augment? C'est avoir bien avancé la décision en faveur des intérêts de l'augment, que de la décider en faveur des intérêts de la dot. Les Arrêts du Parlement y paroissent précis; & quoique Mr. de Catellan, qui convient du privilege, rapporte des Arrêts du Parlement de Toulouse qui ne les font courir que du jour de la demande, on ne voit pas sur quoi pourroit être fondée cette différence; c'est par une raison qui se porteroit à les donner du jour du décès du mari conformément à la Jurisprudence du Parlement attestée par Henrys; cependant comme la question n'a pas été proposée, on a cru qu'il ne convenoit pas de la décider.

Le troisieme membre peut former plus de doute. Les Parlemens de Paris, Toulouse, Bordeaux, Dijon, Besançon, ne donnent point aux bagues & joyaux le même privilege qu'à la dot, à la différence des Parlemens de Grenoble, d'Aix, de Metz, de Flandres & de Pau, & même du Conseil d'Alsace, qui semblent, dans les termes généraux dont ils se sont servis, envelopper les bagues & joyaux, quoiqu'il y ait bien des raisons pour ou contre le privilege; quoique le principe qui décide pour l'augment semblât devoir décider de même pour ces bagues & joyaux qui sont l'une & l'autre une libéralité du mari; quoique enfin la Novelle 39 ne semble pas renfermer l'augment plus que les bagues & joyaux. Cependant on seroit porté à leur ôter ce privilege; & enfin si l'on consulte l'exacte rigueur des principes, le privilege ne devroit avoir lieu que pour le bien de la femme, & dans la vue de l'empêcher de rien risquer du sien, il ne devroit point avoir lieu pour les libéralités qui viennent du mari. Cependant la faveur du mariage a fait étendre la disposition à l'augment modéré; mais en donnant

PARIS.

atteinte en un point au principe, sera-ce une raison de rendre si facilement la substitution illusoire ? Plus ces bagues & joyaux sont devenus d'usage & même de droit, & sans stipulation dans quelques Provinces, plus sur-tout en faisant une Loi générale, il faut s'opposer à l'abus qui en naîtroit pour détruire les substitutions ; c'est assez de laisser subsister les bagues & joyaux sur les biens libres, sans leur donner un privilege au préjudice de la substitution ; on s'est porté d'autant plus à cette décision, que c'est celle des Arrêtés de M. le premier Président de Lamoignon, art. 17.

Le douaire, qui fait le quatrieme membre de la question, ne peut souffrir de difficulté dans la these générale ; il est, en quelque sorte, comparé à l'augment, il est même bien plus favorable, parce qu'il est propre aux siens : les Parlemens du droit écrit, dans lesquels le douaire n'est pas d'usage, croient qu'il doit avoir le même privilege que la dot ; les Parlemens de droit coutumier le décident de même, & le partage des sentimens des Commissaires du Parlement de Dijon, sur le douaire comme sur l'augment, ne doit pas prévaloir à tous les suffrages réunis.

Il faut cependant observer, comme sur l'augment, le cas où le douaire seroit excessif : c'est à la vérité une source de contestations ; mais sans entrer dans tous les détails qu'on pourroit faire sur ce sujet, le plus simple seroit de n'admettre de privilege que pour le douaire préfix, s'il n'excede pas le coutumier, ou le douaire coutumier si le préfix étoit plus fort.

Il peut se trouver, à la vérité, un cas où la femme n'auroit aucun douaire coutumier, quoiqu'il y eût du mobilier ou des immeubles provenus du mobilier sujets à la substitution, du moins ce cas seroit possible, si on décidoit dans une des premieres questions qu'on pourra substituer les effets mobiliers, & il est vrai qu'il seroit dur en ce cas qu'il n'y eût pour le douaire aucun privilege sur les effets substitués. Cependant on croit, que c'est assez d'avantage à la femme, que de lui donner le douaire coutumier sur les biens substitués, & même le préfix, s'il excede, sur les biens libres, sans donner le privilege à un douaire qui ne seroit point autorisé par la coutume.

Une autre question, qui naît de la question proposée, est de savoir si nonseulement le douaire viager de la femme a ce privilege ; mais si dans les coutumes où il est propre aux enfans il peut avoir le même privilege ? La question a été fort agitée : on pensoit d'abord que cela ne pouvoit souffrir aucun doute, non-

ſeulement par la comparaiſon bonne ou mauvaiſe du douaire à la donation *propter nuptias*; mais par la comparaiſon de l'augment. On a penſé que ſi la femme a le privilege pour la propriété de l'augment, on ne pouvoit le refuſer aux enfans dans les coutumes où le douaire leur eſt propre ; on a obſervé que ce ſeroit ôter toute reſſource à des enfans, qui, en cas que la ſubſtitution paſsât à des étrangers, n'auroient pas de quoi vivre ſans le douaire, & qui ſont en général plus favorables que la femme.

Après ces premieres réflexions on a penſé que ſi on décidoit ainſi cette queſtion, il ſembleroit qu'il fût néceſſaire de ne la décider que ſous deux conditions. L'une, que les enfans renonçaſſent à la ſucceſſion du pere, condition qui ſemble être de droit. La ſeconde, qu'ils ne fuſſent pas du nombre de ceux qui profitent du fidéicommis, parce qu'alors ils iroient contre les vœux de celui qui a formé la ſubſtitution, puiſque poſſédant les biens ſubſtitués, ils rempliroient alors en entier l'intention du ſubſtituant.

Mais cette ſeconde condition a fait naître deux autres queſtions. La premiere par rapport aux fidéicommis qui parviendroient à pluſieurs enfans conjointement, dont les uns renonceroient au fidéicommis pour avoir le douaire. La ſeconde pour décider ſi l'enfant ou tous les enfans qui demanderoient le douaire auroient le douaire entier, pendant qu'un ou pluſieurs de leurs freres ou ſœurs jouiroient du fidéicommis.

Dans la premiere queſtion il ſembleroit que ce ſeroit une injuſtice manifeſte de la part de l'enfant, qui étant appellé au fidéicommis y renonceroit pour avoir le douaire, & que cela ſeroit d'ailleurs ſi contraire à l'intention du ſubſtituant qu'il paroîtroit difficile de l'autoriſer, le douaire n'étant que pour fournir à la ſubſiſtance de la veuve ou des enfans qui n'en auroient pas ſur les biens libres, & la diminution des biens ſubſtitués ne renfermant, dans l'idée qu'elle porte à l'eſprit, qu'une diminution à faire au préjudice de l'appellé à la ſubſtitution & non pas à ſon avantage.

La ſeconde queſtion a paru plus difficile : la regle ſembleroit exiger que le douaire appartînt en entier à ceux des enfans qui auroient droit de le demander & qui le demanderoient en effet; mais on a penſé auſſi que la regle en matiere de ſubſtitution devoit être la volonté du ſubſtituant ; que c'étoit de ſa volonté même que ſe tiroit le privilege de la dot, de l'augment, du douaire ; que ſi l'on pouvoit préſumer que ſon intention eût été de diſtraire le douaire, on ne pourroit croire qu'il ait eu en vue que ce douaire,

PARIS.

qui (ceſſant la ſuſtitution) appartiendroit à tous les enfans, ſe répandît en entier ſur ceux qui ne profiteroient pas de la ſubſtitution ; qu'il étoit plus naturel de juger, que laiſſant les biens ſubſtitués à un ou pluſieurs, il a voulu y confondre la part qu'ils auroient eu dans le douaire, pour ne donner aux autres douairiers que la portion qu'ils auroient eu ſi tous les enfans y avoient été. Telles ont été les réflexions ſur le privilege du fonds du douaire ; mais ces réflexions mêmes ont paru renfermer tant d'objets & même de difficultés, qu'on a cru qu'il convenoit mieux de n'en point parler dans la Loi.

Le cinquieme membre regarde le préciput : il eſt certain que ſi l'on vouloit ſuivre le ſuffrage du plus grand nombre des Cours, on donneroit au préciput l'hypotheque ſur les biens ſubſtitués ; mais on a cru que ce ſeroit auſſi une trop grande étendue au privilege au préjudice de la ſubſtitution. Les Parlemens des pays de droit écrit n'ayant pas du préciput la même idée que nous en avons, le regardent comme une donation *propter nuptias*, & comme l'augment ; mais ce n'eſt-là ni ſon caractere ni ſon origine. Naturellement ce ne devroit être qu'un prélevement de meubles ſur la communauté, & en ce cas il n'auroit aucune application aux queſtions de privilege ſur les biens ſubſtitués ; or parce qu'on l'a étendu aux cas même de renonciation à la communauté, & qu'on a été juſqu'à donner à la femme un droit ſur les propres du mari, il ne paroît pas qu'il convienne d'aller encore juſqu'à diminuer les biens ſubſtitués pour un avantage qui dans la ſource n'a rien de commun avec les principes des ſubſtitutions.

Auſſi deux Parlemens du pays coutumier ſont contre le privilege. Celui de Flandres même, qui ſemble y être favorable, excluant cependant tout ce qui excede, ce que la coutume donne aux veuves ſemble exclure le préciput qui ſe tire de la convention & non de la Loi. Le ſeul Parlement de Metz ne ſemble pas devoir balancer le principe & la Juriſprudence uniforme du Parlement, ſur laquelle a été fondé l'art. 17 des arrêtés de M. le premier Préſident de Lamoignon.

Entrer comme un des rédacteurs dans quelque tempérament de faveur, dans le cas où la veuve auroit beſoin de préciput pour vivre, ce ſeroit détruire la Loi par des exceptions, ce ſeroit ôter l'avantage d'une Loi fixe & déterminée, & fournir, en exécution de la Loi, une matiere à de nouveaux procès.

Il ne reſte que le remploi des propres & les indemnités. Cette

question ne peut avoir d'application dans les Provinces régies par le droit écrit à cause de la Loi *Julia & du S. C. Velleyen*, si ce n'est dans les lieux où ces deux Loix ont été abolies par la Déclaration du mois d'Avril 1664; ce n'est donc que dans ces Provinces & dans le pays coutumier où la question peut avoir lieu.

Cependant MM. du Parlement, qui se régissent par le droit écrit, n'ont pas laissé que d'expliquer leurs sentimens sur cette question, & ils sont assez divisés dans leurs suffrages. Ceux des pays coutumiers sont tous contre le privilege pour raison de l'indemnité, ils se partagent sur le remploi des propres. Ceux de Metz & de Flandres sont contre le privilege; ceux de Dijon & Besançon autorisent le privilege, non pas pour toutes les aliénations, mais pour les aliénations nécessaires, telles qu'une aliénation faite pour tirer de prison les enfans, le remboursement fait au mari sans le consentement de la femme.

Le cas du remboursement fait au mari des rentes constituées ne peut former le moindre doute : on peut y joindre l'immeuble ameubli que le mari peut aliéner sans le consentement de sa femme, comme un des rédacteurs l'a observé; mais d'y ajouter en général toute aliénation nécessaire, ou d'y comprendre même seulement le cas de la prison, ce seroit (supposé qu'on décide contre le privilege) une exception qui détruiroit la regle. Dire en général toute aliénation nécessaire, c'est faire naître des procès. Quelque favorable que puisse être le cas de la prison, quelque attention que plusieurs de nos coutumes aient eu pour en former une exception aux regles générales qui prohibent les aliénations en certain cas : si on forme ici une exception, on objectera aussi avec raison qu'il peut y avoir d'autres cas aussi favorables. La plupart des coutumes dont on vient de parler ont admis la nécessité jurée. Iroit-on jusqu'à l'admettre? Ce seroit détruire la Loi. Quelles fraudes d'ailleurs sur un emprisonnement qui se peut faire par des créanciers simulés pour autoriser une pareille aliénation!

On a bien pensé que s'il n'y avoit pas lieu au privilege, cette exception ne devoit point être autorisée; mais la question générale est toujours assez difficile à décider. On dit avec raison que le remploi des propres est un bien dotal, & c'est aussi une considération importante que l'autorité maritale, dont l'impression est si forte, fait regarder le consentement de la femme comme l'effet de la crainte & de la violence.

Mais aussi c'est donner une telle étendue au privilege sur les

PARIS.

biens ſubſtitués que le fidéicommis ſe réduiroit à rien. Si le remploi eſt un bien dotal, c'eſt parce que la femme a conſenti l'aliénation. La dot en deniers eſt bien différente, c'eſt une des conditions du mariage même, ſans laquelle il n'auroit peut-être pas été fait; mais l'aliénation de la dot eſt volontaire, les dettes contractées par la femme le ſont encore plus; l'autorité maritale peut être forte, mais elle ne l'eſt pas toujours, on ne doit pas la préſumer violente. Enfin cette conſidération ſera-t-elle ſupérieure à toutes les fraudes que le mari & la femme pourroient pratiquer par des actes ſimulés, ſi on donnoit aux remplois & aux indemnités le même privilege qu'à la dot?

Ce n'eſt point par l'Arrêt du Conſeil, donné dans l'affaire de Vendôme, qu'une Loi nouvelle (que le bien public doit dicter) doit être formée. Quand on balance ſans préjugé ces deux vues générales, d'un côté la volonté de celui qui a ſubſtitué pour conſerver ſon bien par la voie du fidéicommis, & de l'autre la faveur & la facilité des mariages, on ſe ſent malgré ſoi ſaiſi d'une eſpece d'inſtinct qui nous inſpire, que c'eſt concilier exactement ces deux vues que de donner l'hypotheque à la dot, à l'augment, au douaire, mais d'en exclure tout autre titre. MM. du Parlement de Flandres paroiſſent avoir frappé au but ſur ce ſujet; & ſi l'on ne croit pas devoir aller comme eux juſqu'à borner le privilege, au cas où la femme chargée de ſubſtitution avoit conſtitué ſa dot ſur les biens ſubſtitués, comme le mari, la donation à cauſe de noces, ce qui n'eſt fondé que ſur une interprétation aſſez douteuſe de la Novelle, on penſe qu'il faut du moins reſtreindre le privilege aux cas ci-deſſus.

L'art. 17 des arrêtés de M. le premier Préſident de Lamoignon y apportoit encore une limitation: au cas où ce ſeroit l'inſtitué en ligne directe qui auroit fait la promeſſe ſur les biens ſubſtitués au défaut de biens libres. La queſtion qui a rapport à l'inſtitué ou aux autres appellés eſt une des queſtions ſuivantes. Mais exigera-t-on une promeſſe d'un mari? Cela peut procurer une reſtriction aſſez convenable, mais ſi inutile (parce qu'elle deviendra de ſtyle) qu'on ne croit pas devoir la propoſer.

Une autre limitation de la Novelle eſt celle du cas où tous les biens ſubſtitués ſeroient abſorbés: elle voudroit même borner le privilege ſuivant la condition des perſonnes; mais c'eſt trop donner à la liberté des Juges.

On pourroit prendre le parti de borner l'hypotheque au quart,

au tiers, ou à telle autre portion des biens ſubſtitués ; mais quelque proportion qu'on obſerve, elle ne ſera jamais proportionnée à la condition des perſonnes.

D'ailleurs outre la nouveauté d'une telle propoſition, & les difficultés des eſtimations, il ſemble que ſi la portion fixée ſe trouve foible, elle ne facilitera pas les mariages : ſi elle eſt forte, on trouvera les moyens de l'épuiſer par les conventions du mariage du premier grevé, & cela deviendroit une condition de ſtyle dans les mariages, au moyen de quoi il n'y auroit plus de reſſource, ni pour des ſeconds mariages, ni pour les mariages des autres grevés ; & ce qui ſemble devoir faire exclure encore cette vue, c'eſt qu'il eſt inutile de faire une Loi prohibitive que l'auteur de la ſubſtitution fera lui-même, & qu'il faut laiſſer à ſa liberté & à ſa prudence.

Ainſi on a eſtimé que l'hypotheque ſubſidiaire de la femme, ſur les biens ſubſtitués, doit avoir lieu pour les intérêts de la dot comme pour le capital.

Qu'elle doit avoir lieu pour le douaire, tel qu'il eſt fixé par la coutume ou par l'uſage au défaut de coutume.

Qu'elle doit avoir lieu pareillement pour l'augment s'il n'eſt pas exceſſif.

Que l'hypotheque ne doit pas avoir lieu ni pour les bagues & joyaux, ni pour le préciput, ni pour les indemnités.

Que dans les Provinces où il y a lieu aux remplois des propres, l'hypotheque ne doit avoir lieu, ſur les biens ſubſtitués, que pour les aliénations ou rembourſemens qui auroient été faits ſans que le conſentement de la femme y fût néceſſaire.

QUARANTE-UNIEME QUESTION.

Si l'hypotheque subsidiaire de la femme sur les biens substitués a lieu non seulement à l'égard des substitutions faites en ligne directe, mais encore à l'égard des substitutions faites en ligne collatérale ?

A I X. LA Jurisprudence des Parlemens est (*a*), que les substitutions faites en ligne collatérale ou par des étrangers, sont également soumises à l'hypotheque subsidiaire de la femme, ainsi que les substitutions en ligne directe : la seule différence qu'il peut y avoir est, que quand le mari est chargé de deux différentes substitutions, l'une en ligne directe, l'autre en ligne collatérale, celle qui procede de la ligne directe doit être épuisée avant que d'exercer l'hypotheque subsidiaire sur les biens substitués par un collatéral ou étranger ; & dans le cas même de deux fidéicommis en ligne directe, on doit commencer par épuiser celui qui procede du chef du pere, avant que de faire supporter le paiement de la dot & avantages sur les biens substitués procédant de l'aïeul ou bisaïeul.

Il est vrai que l'authentique *res quæ cod. com. de legat. & fideicom.* tirée du *chap.* 39, ne parle expressément que des fidéicommis en ligne directe, & que les Novelles de Justinien étant introductives d'un droit nouveau doivent être limitées au seul cas décidé. Cependant les motifs de la décision de Justinien étant un motif général qui embrasse toute espece de fidéicommis de quelque source qu'ils aient tiré leur origine, le Parlement de cette Province a cru, avec raison, devoir plutôt s'attacher au motif de la Loi qu'à l'exemple cité dans cette même Loi, par la raison qu'il n'est pas d'interprétation de la Loi plus assurée que celle qui est fondée sur l'esprit de leur décision, & non pas sur les exemples qu'elles alléguent, parce que la regle générale peut être facilement appliquée au cas particulier, & que l'on ne peut, avec la

(*a*) Boniface, tom. 1, liv. 5, tit. 8, chap. 1, pag. 447. Duperier, liv. 3, quest. 6.

même

même facilité, argumenter d'un cas particulier à une autre espece. Il paroîtroit cependant que la dot ne devroit pas avoir le même privilege sur les substitutions collatérales ou étrangeres qui seroient faites après le mariage : cette question ne s'est pas encore présentée dans ce Parlement.

AIX.

L'HYPOTHEQUE subsidiaire a lieu dans les substitutions faites en ligne collatérale ou par des étrangers, de même que pour celles qui sont en ligne directe.

M. LE BRET, premier Président.

CETTE hypotheque subsidiaire a lieu nonseulement à l'égard des substitutions faites en ligne directe, mais aussi pour les substitutions faites en ligne collatérale ou par des étrangers, comme on voit au premier tome du Journal du Palais page 621 & 845, attendu que le fidéicommis fait au cas de décès sans enfans présuppose la nécessité du mariage, & l'obligation qui s'en fait du privilege de la dot.

M. DE CORMIS, Avocat.

CETTE question qui a long-temps partagé les Docteurs, a été jugée en faveur de la femme par les derniers Arrêts du Parlement de Paris. Nous ne doutons pas qu'on ne s'y conformât au Parlement de Bordeaux, soit à cause de la faveur des dots auxquelles les Loix ont accordé tant de privileges, soit parce qu'elles ne sauroient présumer que l'intention du testateur ait été d'ôter à son héritier quel qu'il soit les moyens de se marier avantageusement. Signés, *Gillet* de *Lacase*, *Le Berthon*, *d'Albessard*, *Bigot*, *Jegun*, *Le Moncreau*, *Loyal*, *Dudon*, *Du Vigier* & de *La Tresne*.

BORDEAUX.

QUESTION QUARANTE-UNIEME.

QUESTION QUARANTE-DEUXIEME.

BESANÇON.

SI cette hypotheque a seulement lieu au premier degré, ou si elle s'étend à tous les degrés ?

QUESTION QUARANTE-TROISIEME.

SI la même hypotheque a lieu au profit d'une seconde femme ?

FAUT-IL distinguer sur ce point le cas où il y a des enfans du premier mariage & celui où il n'y en a point ?

BESANÇON.

LES Loix qui ont établi l'hypotheque subsidiaire de la femme sur les biens substitués, ne faisant pas mention des substitutions faites aux collatéraux, on ne doit pas en ce cas admettre ce privilege, puisque cette grace n'est fondée que sur l'amour que les peres sont présumés avoir pour la conservation de leurs familles. On juge au Parlement de Besançon que l'authentique *res quæ* ne s'applique que *liberis primi gradus*, & aux enfans du second degré, lorsqu'elle n'a pas eu lieu aux enfans du premier degré; c'est-à-dire qu'il faut que cette hypotheque subsidiaire soit remplie une fois seulement & non plus, parce que si l'on portoit plus loin ce privilege, on anéantiroit à la suite les fidéicommis: comme cette authentique parle indéfiniment de la femme de l'héritier substitué, il semble qu'on ne doive pas en restreindre l'effet à la premiere femme seulement; mais il ne seroit pas juste d'un autre côté d'admettre autant de prélevemens qu'il y auroit de femmes; il paroît qu'il seroit équitable de distinguer s'il y a des enfans du premier lit, ou s'il n'y en a pas, d'accorder dans ce dernier cas le privilege à la seconde femme & le refuser dans l'autre, parce que le fondement de cette faveur étant de procurer un mariage avantageux à l'héritier & de perpétuer la famille, ces vues une fois remplies dans un premier mariage dont il y a des enfans, la cause du privilege cesse pour un second mariage. Les secondes femmes méritent d'autant moins de faveur à cet égard, qu'elles portent ordinairement le trouble & le désordre dans les familles où il y a des enfans du premier lit; mais pour rendre la Loi encore plus parfaite, on pourroit peut-être distinguer dans ce cas d'existence des enfans si ce sont des mâles ou des filles; car comme dans les substitutions on a en vue la conservation du nom, il paroît que pour remplir l'intention du pere il faudroit donner au fils les moyens de contracter un second mariage pour remplir cet objet, c'est-à-dire lorsqu'il n'a que des filles de son premier lit, sur quoi on pourroit prendre un tempérament, qui seroit de fixer à un quart le prélevement des dots ou autre quotité que l'on détermineroit (*a*), & où la dot de la premiere femme prélevée pour les enfans du premier lit, ne rempliroit pas le quart de la substitution: on pourroit, en faveur d'un second mariage, permettre à la seconde femme de prendre pour sa dot jusqu'à la concurrence de ce qui resteroit de ce quart ou autre quotité, la dot de la

(*a*) Maynard, liv. 9, chap. 117. Ferriere, sur Duranty, quest. 2.

premiere femme prélevée. Ce ſont les réflexions que les Commiſſaires ont jugé à propos de faire par rapport aux queſtions propoſées dans les art. 41, 42 & 43. Fait & arrêté le 29 Août 1730. Signés, *Boiſot*, *Eſpiard*, *Tinſeau*, *Dorol*, & *Boquet* de *Courbouſon*.

BESANÇON.

»*Nota*. Il paroît néceſſaire de décider :

»1°. Si cette hypotheque ſubſidiaire ſur les biens ſubſtitués a »lieu pour les ſubſtitutions faites par un contrat, parce que *Pere»grinus de fideicom. art.* 42, *n.* 58, & Lapeyrere, lett. S, n. 102, »ſemblent être d'avis que cette hypotheque ſubſidiaire n'a pas lieu »pour les ſubſtitutions faites dans les contrats, & que cette hypo»theque ſubſidiaire peut être prohibée par le teſtateur, pourvu »que la prohibition ſoit expreſſe.

Le principe qui nous a déterminé ſur la queſtion précédente eſt le même qui nous détermine ſur celle-ci.

COLMAR.

La dot eſt de faveur publique par une infinité de raiſons ſenſibles, & de l'explication deſquelles il eſt inutile d'enfler notre réponſe.

Il eſt indubitable que le ſubſtituant amoureux de ſon nom l'a voulu perpétuer, & par conſéquent n'empêcher aucun de ſes deſcendans ſubſtitués d'y contribuer par la voie la plus naturelle qui eſt celle du mariage.

Or ce ſeroit s'y oppoſer que de faire difficulté au privilege de la dot ſur les biens ſubſtitués, & en cela on contreviendroit à l'intention du teſtateur à laquelle on doit ſe conformer dans notre cas, *ex præſumpta voluntate ;* par ces raiſons nous eſtimons que l'hypotheque ſubſidiaire de la femme a lieu nonſeulement en directe, mais auſſi en collatérale, même dans les ſubſtitutions faites par des étrangers. Signés, de *Corbeſon*, *Holdt*, *Muller* & *Mulle*.

Quoique le Parlement de Dijon ait toujours donné à la femme l'hypotheque ſubſidiaire ſur les biens ſubſtitués en ligne directe conformément à la Novelle 39, & à l'authentique *res quæ*, il la lui refuſe cependant lorſque la ſubſtitution eſt faite en ligne collatérale, & à *fortiori*, par des étrangers qui ſont préſumés avoir encore moins d'affection que les collatéraux. Il y a eu Arrêt rendu ſur cette queſtion le 17 Août 1766 qui l'a ainſi jugé. Sa Juriſprudence n'a rien que de conforme à la Novelle 39, laquelle n'a été

DIJON.

DIJON.

faite que pour la ligne directe, & en faveur seulement du fils du testateur chargé par son pere de restitution.

Justinien veut d'abord que la légitime soit épuisée, & il ne permet à la femme la reprise de sa dot sur les biens du fidéicommis que dans le cas que la légitime de son mari ne sera pas suffisante pour la remplacer.

Or comme la légitime dont il est parlé dans la Novelle n'est due qu'en ligne directe, & que l'obligation de doter ne se trouve point établie dans la ligne collatérale, il s'ensuit qu'aux termes de la constitution de Justinien, la femme n'a aucun droit de prétendre l'hypotheque subsidiaire sur les biens substitués en ligne collatérale ou par des étrangers.

Il est d'ailleurs constant qu'avant la Novelle 39 aucune femme ne pouvoit reprendre sa dot sur les biens substitués, parce que les Loix du Digeste & du Code en avoient interdit l'aliénation. Justinien, après avoir confirmé la même prohibition, n'a excepté que la dot de la femme du fils du testateur : or ce privilege qu'il a restreint aux biens substitués en ligne directe ne doit pas être étendu au-delà du cas particulier pour lequel il a été établi, autrement ce seroit permettre aux héritiers chargés de rendre l'anéantissement du fidéicommis contre la volonté expresse du testateur & la défense de la Loi.

Aussi tout ce qu'il y a de célebres Auteurs, comme *Peregrinus*, *art.* 42, *n.* 49. *Fusarius*, *quest.* 531, *n.* 95. *Alciat*, *liv.* 9 de ses réponses, conseil 64. *Mr. Cujas* en sa paraphrase sur la Novelle 39 & sur la Loi *titius* 54, *ff. ad S. C. trebell.* & *Ricard* en son *traité des subst. traité* 3, *chap.* 13, *sect.* 1, *part.* 2, *n.* 108, sont d'avis que les termes de la Loi étant renfermés dans la directe, & n'ayant disposé qu'à l'égard des enfans, il n'y a point d'extension à faire de cette ligne avec la collatérale.

La Novelle 108, sur laquelle se sont fondés quelques Auteurs, pour établir que Justinien avoit depuis accordé aux femmes le privilege de reprendre leurs dots sur les biens substitués dans toutes les lignes, même par les étrangers, sous prétexte de ces termes qu'elle renferme, *& hæc dicimus non in filius solum, sed etiam in aliis cognatis & extraneis agere, in quibus omnino tale fideicommissum relinqui contigerit*, n'a aucun rapport au cas particulier qui a donné lieu à la Novelle 39 ; il s'agissoit dans celle-ci d'un fidéicommis universel dont le pere avoit chargé son fils, au lieu que dans l'autre il ne l'avoit obligé de rendre que ce qui lui

DIJON.

resteroit au jour de son décès. *Reliquas omnes res & jura quæcumque quæ apud eum tempore mortis invenirentur venire & restitui ex his superstiti.*

Or comme dans cette espece de fidéicommis l'héritier pouvoit, par l'ancien droit, aliéner entiérement les biens qu'il étoit chargé de restituer, pourvu que ce fût de bonne foi & non dans le dessein d'anéantir le fidéicommis, ce qui se régloit *arbitrio boni viri*, suivant la décision de *Papinien* en la Loi *titius* 54, *ff. ad S. C. trebell.* Justinien décide par sa Novelle 108, que l'héritier chargé de restituer ce qui resteroit au temps de son décès, pourra librement aliéner jusqu'aux trois quarts *ad dodrantem*, & qu'il sera seulement tenu de garder l'autre quart pour être restitué après sa mort au fidéicommissaire, & il ordonne que sa constitution aura lieu nonseulement à l'égard des enfans, mais encore des parens & des étrangers qui seront chargés d'un pareil fidéicommis, ce qui est bien différent de la Novelle 39, où tous les biens du fils du testateur se trouvoient substitués.

Les Commissaires estiment donc que quoique l'hypotheque subsidiaire de la femme ait lieu sur les biens substitués en ligne directe, elle n'a cependant pas lieu à l'égard des substitutions faites en ligne collatérale ou par des étrangers. Signés, de *Birbisey*, de *La Marre*, *Bouhier*, *Lantin*, *Basin*, *Normand*, *Mairelet*, de *Minot*, *Thiery* & *Genreau*.

FLANDRES.

Nous ne croyons pas qu'à l'égard des substitutions faites en ligne collatérale ou par des étrangers, la femme puisse reprendre sur les biens substitués sa dot, son douaire & autres avantages nuptiaux, parce que la Novelle qui sert de fondement à ce privilege ne l'ayant établi que dans la ligne directe, il ne doit pas être étendu. Signés, *Pollinchon*, *Pinault* de *Banneaux*, *Douche* de *Beaulieu*, *Visant* de *Ponange*, *Curpin*, de *Burges*, *Bissehop*, de *Calonne*, *Vaymel* & *Duparq*.

GRENOBLE.

Cette question a été extrêmement agitée dans le Parlement de Grenoble, il y a eu des assemblées de Chambres pour la décider; mais le coup n'a point été frappé, & la question en these est restée indécise. Signés, de *Grammont*, *Marnay*, de *Beauvais*, *Garnier*, *Leusse* des *Costes* & *Dalmas*.

METZ.

Nous estimons que l'hypotheque subsidiaire de la femme ne

METZ.

doit avoir lieu qu'à l'égard des substitutions faites en ligne directe, & non à l'égard de celles qui sont faites en collatérale ou par des étrangers. Signés, de *Montholon*, *J. Pierre*, de *Lange*, *Bertrand*, *Muzac*, *Le Goulon* de *Champel*, *Lançon* & *Bonneau*.

PAU.

Nous croyons que cette hypotheque doit avoir lieu dans toutes les lignes & même à l'égard des substitutions faites par des étrangers. La Novelle 108 est formelle, & les mêmes raisons alléguées sur la question précédente servent pour celle-ci & semblent communes à toutes les lignes. Signés, de *Gaubert*, *Casaux*, *Mignon*, *Dedoat*, *Desclaux*, *Mesplés*, *Bordenave*, *Dejean*, *Lesans*, *Bonnecase*, *Casenave* & de *Casaux*.

M. DE GAUBERT, premier Président.

Mr. Omer Talon, dans son plaidoyer au sujet de la succession de l'ancienne maison de Tournon, établit par de puissantes raisons que les biens substitués tant en ligne directe qu'en collatérale, sont affectés subsidiairement aux conventions stipulées pour les femmes.

Henrys, tom. 1, liv. 5, quest. 66, & autres endroits, a établi que les femmes ont une action subsidiaire sur les biens substitués dans toutes les lignes.

Mr. Talon, dans son plaidoyer, démontre qu'il n'y a nulle distinction à faire entre la ligne directe & collatérale, s'y trouvant la même raison. L'intention du testateur en faisant une substitution graduelle & perpétuelle, est que l'héritier & le substitué se mariassent, ce qu'il ne sauroit faire convenablement & honorablement s'ils n'avoient la liberté d'obliger les biens sujets au fidéicommis pour la sûreté des conventions de mariage de leurs femmes : par les derniers Arrêts du Parlement de Paris, l'on a donné aux femmes l'hypotheque subsidiaire sur les biens substitués en collatérale. *Brodeau, sur Louet, lettre D, somm.* 21, *n.* 10, rapporte trois Arrêts de 1649, 1675 & 1678.

Marie Ricard, tom. 2 *des substit. directes & fideicomm. traité* 3, *chap.* 13, *sect.* 1, *part.* 2, *n.* 108, soutient opiniâtrement l'opinion contraire, appuyé du sentiment de *Cujas* sur la Novelle 39 qu'il explique. *Filius filiave diminuent, dotis vel sponsalium causâ; extraneus non item.* Presque tous les Docteurs soutiennent la même opinion cités par *Peregrinus de fideicommiss. n.* 49.

Le Parlement d'Aix & celui de Grenoble sont conformes à la Jurisprudence du Parlement de Paris, qui donnent indistinctement

l'hypotheque subsidiaire à la femme sur les biens substitués en ligne collatérale, comme dans la ligne directe. *Boniface*, *tom.* 1, *liv.* 6, *tit.* 8, *chap.* 1. *Duperier*, *liv.* 3, *quest.* 6.

Le Parlement de Toulouse exclut l'hypotheque subsidiaire dans la substitution des collatéraux. *Mr. Larroche-Flavin*, *liv.* 2, *tit.* 6, *art.* 4, *liv.* 6, *tit.* 41, *art.* 9. *Dolive*, *liv.* 3, *chap.* 22. *Cambolas*, *liv.* 5, *chap.* 10.

La Jurisprudence de Bordeaux est conforme à celle de Toulouse, qui exclut en collatérale l'action subsidiaire sur les biens substitués. Dans cette variété d'opinions & de Jurisprudence, les Parlemens étant divisés, si l'on se conforme à la Novelle 39, qui a introduit cette hypotheque subsidiaire sur les biens substitués, il paroît que ce privilege qui tend *in eversionem fideicommissi*, ne fut accordé par l'Empereur Justinien qu'à la ligne directe, il y parle de la légitime qui n'est due qu'en ligne directe.

L'on peut dire pour l'opinion contraire, conforme à la Jurisprudence du Parlement de Paris, Aix, Grenoble, que s'il est parlé dans la Novelle 39 de légitime, c'étoit l'espece particuliere présentée à Justinien. La Novelle indique d'abord pour regle, *res quæ subjacent restitutioni prohibentur alienari*; voilà la regle générale, & finit en accordant cette action subsidiaire indéfiniment. *Ea enim quæ communiter omnibus prosunt iisque specialiter quibusdam utilia sunt præponimus sitque hoc nuptialibus donationibus & harum exactionibus privilegium*; d'ailleurs tout homme qui fait un fidéicommis graduel, est présumé vouloir que l'héritier grevé & les substitués se marient honorablement pour conserver son nom, & que sa postérité se soutienne avec splendeur & par de bonnes alliances, ce qu'on ne peut faire qu'en donnant aux femmes des sûretés pour la restitution de la dot & pour le paiement de l'augment, douaire, &c.

M^r. Talon donne encore une solide raison, que les substitutions & la prohibition d'aliéner ne regardent que l'intérêt particulier des familles; au lieu que l'utilité & la facilité des mariages regardent le bien public, il semble que le collatéral, l'étranger, comme l'ascendant qui font des substitutions, veulent également que l'héritier grevé & les substitués puissent se marier & s'allier d'une façon honorable, par conséquent que les biens substitués soient subsidiairement responsables.

Nous croyons que l'hypotheque subsidiaire de la femme sur les biens substitués a lieu non seulement à l'égard des substitutions faites

PAU.
M. DE GAUBERT.

en ligne directe, mais encore à l'égard des substitutions en ligne collatérare & par les étrangers.

TOULOUSE.

L'HYPOTHEQUE subsidiaire de la veuve, sur les biens substitués (*a*), n'a lieu qu'à l'égard des substitutions faites en ligne directe, & non à l'égard des substitutions faites en ligne collatérale ou par des étrangers.

La raison est que la Loi ne parle précisément que des substitutions faites en ligne directe & en faveur des enfans ou descendans; or ce qui est établi en faveur des enfans & descendans ne peut être tiré à conséquence en faveur des autres personnes.

C'est sur ce principe que le Parlement de Toulouse (*b*) a constamment restreint dans l'usage cette hypotheque subsidiaire au seul cas des substitutions faites par les ascendans. Signés, *le Président Daspe*, *Comere* de *Labastide*, *Pegueyroles*, *Bastard*, de *Catellan-Lamasquere*, *Azemard*, *Cassan*, *Aymar*, *Caussade*, de *Celés*, *Parasa*, *Daspe* de *Meilhan* & *Le Masuyer* Procureur Général.

PARIS.
M. le Procureur Général.

LA même difficulté avec laquelle on explique la Novelle 39 forme une véritable difficulté pour la décision de cette question: d'un côté on dit avec raison qu'elle ne parle que de la ligne directe; on prétend d'un autre côté que le fait particulier qui a donné lieu à la Loi étoit une substitution en directe; mais que s'il eût été question de la collatérale, l'Empereur auroit décidé de même, parce que *ubi eadem est ratio*, *idem jus esse debet*, & l'on confirme cette opinion par la décision de celui qui ayant fait le sommaire du chapitre de la Novelle l'a entendu de la collatérale ainsi que de la directe. Mais cette difficulté devient encore plus grande par la diversité des suffrages des Cours, par la diversité même de la Jurisprudence des Parlemens; enfin par les sentimens si divisés de *Cujas*, de *Peregrinus*, de *Fusarius*, *d'Alciat*, de *Ricard*, qui sont d'un avis, & de *Julien* l'Antécesseur, d'*Accurse*, de *Mr. Faber*, de *Mr. Louet*, de *Theveneau*, d'*Henrys*, de son annotateur & de *Lebrun*, qui sont d'un avis contraire.

Sans entrer dans tant de dissertations sur une question qu'il s'agit de décider, non suivant les préjugés, mais en législateur; c'est toujours le bien public qu'on doit avoir en vue; c'est toujours

(*a*) *Novella* 39, *authent. res quæ cod. commun. de legat. & fideicom.*
(*b*) Mr. Dolive, liv. 4, chap. 22. Mr. Catellan, liv. 4, chap. 44.

la

la facilité des mariages qui procure en même temps l'avantage de la ſubſtitution, & qui entre par-là dans l'intention de celui qui l'a formée.

PARIS.

Or tous ces motifs ſemblent ſe réunir pour étendre le privilege, & aux ſubſtitutions faites en collatérale, & aux ſubſtitutions faites par des étrangers. La derniere conſidération d'un des rédacteurs n'eſt pas même à négliger, c'eſt qu'il y a bien moins à riſquer pour les femmes dans les ſubſtitutions en directe, qui ſuppoſent une légitime ſur laquelle elles peuvent avoir quelque reſſource, que dans les ſubſtitutions en collatérale où il n'y a point de légitime.

On ne croit pas devoir entrer dans les obſervations du Parlement d'Aix, l'une pour la préférence dans le cas de deux fidéicommis, ſoit qu'ils ſoient tous deux en directe, ou que l'un ſoit en directe & l'autre en collatérale. La ſeconde ſur la diſtinction des fidéicommis faits avant ou poſtérieurement au mariage. La premiere ni la ſeconde queſtion n'ont point été propoſées; il paroît même ſur la ſeconde trop de préjugés & trop de ſolides raiſons pour pouvoir autoriſer la diſtinction.

Ainſi on a cru qu'il faut ſe contenter de décider la queſtion toute ſimple, & on s'eſt déterminé, malgré le préjugé des arrêtés de Mr. le premier Préſident de Lamoignon, à autoriſer le privilege; mais on a cru qu'il falloit borner cette déciſion au ſeul cas où la ſubſtitution doit avoir lieu au profit des enfans de l'inſtitué; c'eſt-là effectivement le véritable cas où le ſubſtituant eſt préſumé avoir eu intention de faciliter le mariage.

Ainſi on a eſtimé que l'hypotheque ſubſidiaire de la femme, ſur les biens ſubſtitués, doit avoir lieu nonſeulement à l'égard des ſubſtitutions faites en ligne directe, mais encore à l'égard des ſubſtitutions faites en ligne collatérale ou par des étrangers, à l'exception des ſubſtitutions dont les enfans du grevé ſeroient exclus par l'acte de ſubſtitution.

QUARANTE-DEUXIEME QUESTION.

Si cette hypotheque a lieu seulement au premier degré, ou si elle s'étend à tous les degrés ?

AIX.

NOTRE usage est que cette hypotheque subsidiaire de la femme a lieu en tous les degrés, parce qu'effectivement le même motif qui l'a introduit à l'égard du premier degré a lieu dans tous les autres.

M. LE BRET, premier Président.

L'ON tient que l'hypotheque subsidiaire a lieu en tous les degrés du fidéicommis.

M. DECORMIS, Avocat.

CETTE hypotheque a lieu & s'étend à tous les degrés du fidéicommis.

BORDEAUX.

NOUS observons, au Parlement de Bordeaux, que les biens substitués sont toujours chargés subsidiairement d'une dot & non au-delà pour ne pas absorber entiérement le fidéicommis ; mais si l'hypotheque n'a pas eu lieu au premier degré, elle pourra être exercée au second, au troisieme & au quatrieme. Signés, *Gillet* de *Lacase*, *Le Berthon*, *d'Albessard*, *Bigot*, *Jegun*, *Le Moncreau*, *Loyal*, *Dudon*, *Du Vigier* & de *La Tresne*.

BESANÇON sur la question 41.

COLMAR.

PAR le même principe de faveur qui a dicté nos réponses aux deux questions précédentes, nous pensons que l'hypotheque doit être étendue à tous les degrés, aimant mieux en cela restreindre l'effet de la substitution que le privilege de la dot. Signés, de *Corbeson*, *Holdt*, *Muller* & *Mulle*.

DIJON.

DEUX Arrêts de ce Parlement, l'un du 18 Août 1606, l'autre du 17 Avril 1666, ont jugé que cette hypotheque subsidiaire n'avoit lieu qu'au premier degré, & la femme d'un second substitué fut déboutée par le dernier de ces Arrêts de la demande qu'elle avoit formée de sa dot sur les biens fidéicommissés, quoiqu'il n'y eût point encore de dot levée sur ces biens.

Les Commiſſaires eſtiment que cette Juriſprudence doit être ſoutenue pour l'avenir ; elle eſt fondée ſur la diſpoſition des Loix, ſur l'intention du teſtateur & ſur l'intérêt des familles. DIJON.

La Loi *mulier*, §. *cum proponeretur*, *ff. ad S. C. trebell.* La *Novell.* 39 *& l'authent. res quæ cod. comm. de leg.* ne permettent l'aliénation des biens du fidéicommis pour cauſe de dot qu'à ceux qui ont droit de légitime ; & le premier inſtitué ayant ſeul ce droit, il eſt évident qu'il eſt le ſeul qui puiſſe aſſurer la dot de ſa femme ſur les biens fidéicommiſſés, & que la femme du ſecond ſubſtitué ne peut prétendre la même hypotheque.

D'ailleurs ſi l'intention du fondateur du fidéicommis a été de procurer le mariage de ceux qu'il a appellé au fidéicommis, on peut dire auſſi qu'il a voulu conſerver les biens dans ſa famille par la ſubſtitution qu'il en a faite, & qui ſeroit cependant bientôt anéantie ſi on donnoit cette hypotheque ſubſidiaire dans tous les degrés aux femmes de tous les héritiers appellés au fidéicommis. Signés, de *Birbiſey*, de *La Marre*, *Bouhier*, *Lantin*, *Mayrelet*, de *Minot*, *Baſin*, *Normand*, *Thiery & Genreau.*

Nous croyons que le privilege de la femme doit être borné au premier degré, parce que la Novelle 39, ſur la diſpoſition de laquelle ce privilege eſt fondé, ſuppoſe que les enfans auxquels elle le donne ont droit de légitime, ce qui ne convient qu'aux enfans du premier degré, & parce qu'on ne peut étendre ce privilege à tous les degrés ſans détruire preſque entiérement l'effet des ſubſtitutions graduelles. Signés, *Pollinchon*, *Pinault* de *Banneaux*, *Douche* de *Beaulieu*, *Viſant* de *Ponange*, *Curpin*, de *Calonne*, *Biſſehop*, *Vaymel* & *Duparq.* FLANDRES.

On donne l'hypotheque ſubſidiaire aux femmes ſur les biens ſubſtitués dans tous les degrés. Signés, de *Gramont*, premier Préſident, *Marnays*, de *Beauvais*, *Garnier*, *Leuſſe* des *Coſtes* & *Dalmas.* GRENOBLE.

Nous penſons que cette hypotheque ne doit avoir lieu qu'au premier degré. Signés, de *Montholon*, *Pierre* de *Lange*, *Bertrand*, *Muzac*, *Le Goulon*, de *Champel*, *Lançon* & *Bonneau.* METZ.

Nous croyons que cette hypotheque doit s'étendre à tous les degrés. Celui qui fait une ſubſtitution graduelle & perpétuelle, PAU.

PAU.

a dessein, sans doute, que tous ceux qui sont appellés se marient convenablement, ce qu'ils ne pourroient faire qu'en donnant à leurs femmes des sûretés pour leurs dots & avantages nuptiaux. Signés, de *Gaubert*, premier Président, de *Casaux*, *Mignon*, *Dedoat*, *Desslaux*, *Mesplés*, *Bordenave*, *Dejean*, *Lesan*, *Bonnecase*, *Casenave* & de *Caseaux*.

M. DE GAUBERT, premier Président.

LE Parlement de Paris, par l'ancienne Jurisprudence, ne donnoit l'hypotheque subsidiaire que *in liberis primi gradus*; mais par la derniere Jurisprudence & toujours constante, on l'a accordé aussi *in liberis liberorum*. *Brodeau*, *sur Louet*, *lett. D*, *somm.* 21, *n.* 10. Mr. Talon, dans son beau plaidoyer pour la maison de Tournon, établit par des raisons solides, & assure pour constant que cette hypotheque subsidiaire a lieu dans tous les degrés.

Le Parlement de Toulouse donne aussi l'hypotheque subsidiaire dans tous les degrés, mais seulement en ligne directe & non en collatérale, comme on l'a établi sur la question 41e. Mr. *Larroche*, *liv.* 2, *tit.* 6, *art.* 4. *Maynard*, *liv.* 3, *chap.* 18. *Dolive*, *liv.* 3, *chap.* 22. *Cambolas*, *liv.* 5, *ch.* 10. *Catellan*, *tom.* 2, *liv.* 4, *ch.* 44.

Pour le Parlement de Bordeaux, *Lapeyrere*, *lett. S*, *n.* 228, atteste que l'authentique *res quæ* n'a point lieu aux enfans des enfans.

Les Parlemens d'Aix & de Grenoble, conformes à la Jurisprudence du Parlement de Paris, pensent que l'hypotheque subsidiaire sur les biens substitués a lieu dans tous les degrés. *Duperier*, *liv.* 3, *quest.* 6. *Boniface*, *tom.* 1, *liv.* 6, *tit.* 8.

Par les raisons touchées sur la question 41e, l'on peut assurer que le testateur a voulu accorder la même hypotheque subsidiaire aux femmes de l'héritier grevé & des substitués, la décision de la Novelle 39 étant fondée sur une raison générale & commune à tous les mariages. *Ea enim quæ communiter omnibus prosunt iisquæ specialiter utilia proponimus.*

D'ailleurs, comme il a été observé, tout homme qui fait une substitution graduelle est censé vouloir que l'héritier & le substitué se marient pour perpétuer son nom, & que chacun dans son rang de vocation soutienne honorablement sa maison, & dans cette vue qu'ils puissent donner des sûretés à leurs femmes pour les conventions des mariages.

Nous pensons que cette hypotheque subsidiaire sur les biens substitués doit s'étendre à tous les degrés.

TOULOUSE.

QUOIQUE quelques Auteurs aient été d'avis de restreindre cette hypotheque au premier degré (*a*), cependant l'usage du Parlement de Toulouse est de l'étendre à tous les degrés, soit parce que la même faveur des enfans & descendans, & les motifs fondés sur les conjectures de l'affection paternelle, & sur les vues des ascendans pour perpétuer leurs familles sont les mêmes dans tous les degrés, soit parce que d'ailleurs la Loi ne distingue point, & ne met point au rang des aliénations les obligations faites pour cause de dot en faveur des enfans & descendans. Signés, le *Président Daspe*, *Comere* de *Labastide*, *Pegueyroles*, *Bastard*, de *Catellan-Lamasquere*, *Cassand*, *Aymar*, de *Celés*, *Parasa*, *Daspe* de *Meilhan*, & *Le Masuyer*, Procureur Général.

PARIS.
M. le Procureur Général.

ON ne peut trop desirer qu'il y ait une Loi sur cette question comme sur la précédente, puisque la Jurisprudence des Cours est si différente que les suffrages de MM. les Commissaires se trouvent si divisés, & que tous les Auteurs sont partagés dans leurs sentimens.

Comme la différence des opinions dans toutes ces questions naît toujours du combat de ces deux vues si opposées, la conservation des biens substitués & la faveur des mariages, il est encore fort inutile de s'étendre sur les termes & sur l'esprit de la Novelle 39, sur toutes les raisons alléguées par les Jurisconsultes, par nos Auteurs & par les Arrêtistes.

Si l'on persévere toujours dans l'idée de la facilité qu'on doit apporter aux mariages, & si l'on est bien persuadé que c'est l'intérêt même de la substitution, & qu'enfin le bien public s'y trouve fortement intéressé; cette derniere vue se trouvera dans la décision de cette question bien supérieure à la décision de la précédente; on regardera la faveur du mariage entiérement égale dans les degrés ultérieurs comme dans le premier; on décidera que le principe étant le même pour tous les degrés, la décision doit être la même, & qu'ainsi sans distinguer le cas où la femme n'auroit point eu besoin de recourir sur le fidéicommis dans le dernier degré de la substitution; on donnera l'hypotheque également dans tous les degrés, soit que dans les premiers le fidéicommis ait été entamé, ou qu'il ne l'ait point été.

(*a*) Ferrerius sur la question de Mr. Duranti. Catellan, liv. 4, chap. 44.

PARIS.

On s'est déterminé d'autant plus volontiers à prendre ce parti, que la faveur de la substitution ayant déterminé d'exclurre les bagues & joyaux, le remploi, les indemnités; parce que la faveur des mariages ne s'y rencontre pas si essentiellement que dans la dot dans l'augment & le douaire; l'hypotheque à ces trois objets, se trouve également favorable pour procurer des mariages,& dans les substitutions en collatérale & dans celles faites par des étrangers & pour tous les degrés que la substitution doit parcourir.

Ainsi on a estimé que l'hypotheque subsidiaire sur les biens substitués devoit s'étendre à tous les degrés.

QUARANTE-TROISIEME QUESTION.

Si la même hypotheque a lieu au profit d'une seconde femme?

Faut-il distinguer sur ce point le cas où il y a des enfans du premier mariage, & celui où il n'y en a point?

AIX.

CETTE hypotheque de la femme sur les biens fidéicommissaires est accordée suivant la Jurisprudence de ce Parlement, non-seulement à la premiere femme, mais encore en faveur de la seconde & de la troisieme; elle a été étendue même dans le cas auquel il y a des enfans d'un premier lit, parce que l'espérance de les conserver peut être perdue par le prédécès des enfans, & qu'on ne rempliroit par conséquent pas l'intention du fondateur du fidéicommis qui a eu pour objet de perpétuer son nom & sa famille si on la bornoit à un premier mariage. Cependant il paroîtroit équitable de distinguer lorsqu'il y a des enfans du premier mariage, & en ce cas refuser l'hypotheque à la seconde & troisieme femme.

M. LE BRET.

IL sembleroit juste de distinguer, s'il y a des enfans où s'il n'y en a point du premier mariage. Cependant l'on ne l'a pas fait en Provence où l'on a donné l'hypotheque subsidiaire à une troisieme femme dans le temps qu'il y avoit des enfans existans des précédens mariages, ce fut dans un procès évoqué du Parlement de Dijon.

LA même hypotheque a lieu au profit d'une seconde femme, & le Parlement d'Aix sur un procès évoqué du Parlement de Dijon, rendit Arrêt au profit d'une troisieme femme, quoiqu'il y eût des enfans existans des précédens mariages. M. DECORMIS, Avocat.

QUOIQUE les secondes noces ne soient pas regardées aussi favorablement que les premieres, la Novelle n'ayant point distingué les unes des autres quant à l'hypotheque subsidiaire de la femme sur les biens substitués, nous ne croyons pas non plus que cette distinction doive être faite même au cas où il y auroit des enfans du premier mariage; car s'il n'y en avoit pas la chose seroit sans aucune difficulté, pourvu néanmoins, comme on l'a observé sur la question précédente, que la dot de la premiere femme n'eût pas été prise sur les biens sujets au fidéicommis. Signés, *Gillet de Lacase*, *Le Berthon*, *d'Albessard*, *Bigot*, *Jegun*, *Le Moncreau*, *Loyal*, *Dudon*, *du Vigier* & *de La Tresne*. BORDEAUX.

BESANÇON. *Vide* sur la quest. 41.

SUR cette question, même principe, & par conséquent même décision que sur les précédentes, & nous tenons pour l'affirmative, soit qu'il y ait ou non des enfans du premier lit, cette circonstance ne devant rien changer au privilege d'une seconde femme qui n'a contracté mariage que sur la foi de la sûreté de ses droits. Signés, de *Corbeson*, *Holdt*, *Muller* & *Mulle*. COLMAR.

ON n'a point trouvé d'Arrêts en ce Parlement qui ayent décidé ces questions. Les Commissaires estiment que quoique la seconde femme soit dans le premier degré, auquel l'authent. *res quæ* permet l'aliénation des biens du fidéicommis pour le remploi de la dot, cependant il y auroit de la justice à lui ôter ce privilege, lorsque la premiere femme a déja pris sa dot entiere ou en partie sur les biens fidéicommissés, ou lorsqu'il y a des enfans du premier lit: dans le premier cas, parce que ce seroit anéantir totalement le fidéicommis, que de permettre à plusieurs femmes du premier grevé de prendre leurs dots sur les biens qui y sont compris: dans le second, parce que la naissance des enfans du premier lit ayant rempli les vœux & l'intention du fondateur du fidéicommis, on ne sauroit présumer qu'il ait souhaité dans cette circonstance le second mariage de celui qu'il a institué. DIJON.

DIJON.

Mais il paroît difficile de faire une regle générale de cette décision, que plusieurs exceptions peuvent faire changer : par exemple, si la substitution étoit masculine, & qu'il n'y eût que des filles du premier lit, comme l'intention du testateur n'est pas remplie, ne sera-t-il pas permis à l'héritier institué en passant à des secondes noces, d'assurer la dot de la seconde femme sur les biens substitués, quoiqu'ils eussent été déja entamés par la premiere femme ?

Si les enfans du premier lit étoient incapables de recueillir la substitution, seroit-il juste que la seconde femme qui la perpétue par les héritiers qu'elle donne au testateur ne recouvrât point sur les biens du fidéicommis, la dot qu'elle a apportée à l'héritier institué, sous prétexte qu'ils auroient déja servi de ressource à la premiere femme ?

Si les enfans de la seconde femme étoient appellés au fidéicommis avec ceux du premier lit sous le nom collectif d'enfans, seroit-il convenable qu'ils pussent exclure leur mere de cette hypotheque subsidiaire & la réduire à une situation miférable, tandis qu'ils lui seroient redevables de la part qu'elle leur a donné à la substitution ?

Les Commissaires estiment que toutes ces exceptions & une infinité d'autres que l'on ne détaille point doivent être laissées à l'arbitrage du Juge, parce qu'elles dépendent de plusieurs circonstances qu'il seroit difficile de faire toutes entrer dans la disposition d'une regle générale. Signés, de *Birbisey*, de *La Marre*, *Bouhier*, *Lantin*, *Mayrelet*, de *Minot*, *Basin*, *Normand*, *Thiery* & *Genreau*.

FLANDRES.

On a jugé au Parlement de Flandres que le privilege a lieu en faveur d'une seconde femme, parce que la Novelle qui permet de prendre les dots & les donations à cause de noces sur les biens substitués, parce que les pere & mere ne distinguent point entre les premieres & les secondes noces ; & comme on présume qu'en substituant leurs biens, ils n'ont pas voulu ôter à leurs enfans le moyen de faire un premier mariage sortable à leur condition, on doit présumer aussi qu'ils ont eu la même intention par un second mariage.

Faut-il distinguer sur ce point le cas où il y a des enfans du premier mariage, & celui où il n'y en point ?

Quoique le second mariage soit moins favorable lorsqu'il reste

reste des enfans du premier, on a jugé que dans ce cas même le privilege avoit lieu au profit de la seconde femme; on n'a pas cru devoir faire une distinction que la loi ne fait pas, & qui engageroit à d'autres distinctions subordonnées; car en décidant que les enfans du premier mariage excluent le privilege de la seconde femme, n'y auroit-il pas lieu d'excepter de cette décision le cas où il ne resteroit que des filles, la substitution étant en faveur des mâles, & celui où les enfans de la premiere noce seroient imbéciles, ou d'une complexion si délicate, qu'il n'y auroit point lieu d'espérer qu'ils pussent continuer la postérité? Il est plus simple d'accorder sans distinction le privilege à la seconde femme. Signés de *Pollinchon*, *Pinault* de *Banneaux*, *Douche* de *Beaulieu*, *Visant* de *Ponange*, *Curpin*, de *Calonne*, de *Burges*, *Bissehop*, *Vaymel* & *Duparq*.

FLANDRES.

La même hypotheque a lieu au profit de la seconde femme, sans distinguer s'il y a des enfans du premier mariage ou s'il n'y en a point. Signés, de *Grammont*, *Marnays*, de *Beauvais*, *Garnier*, *Leusse* de *Costes* & *Dalmas*.

GRENOBLE.

Lorsqu'il y a des enfans du premier mariage, l'intention du testateur étant remplie, nous estimons que l'on ne doit point accorder la même hypotheque à une seconde femme; mais lorsqu'il n'y a point d'enfans, les raisons qui déterminent à accorder l'hypotheque à la premiere femme militent en faveur de la seconde. Signés, de *Montholon*, *Pierre*, de *Lange*, *Bertrand*, *Musac*, *Le Goulon*, de *Champel*, *Lançon* & *Bonneau*.

METZ.

Nous croyons que la même hypotheque a lieu au profit d'une seconde femme, sans distinguer s'il y a des enfans du premier lit ou s'il n'y en a point: il y a bien des cas où un second mariage est en quelque sorte nécessaire, & il ne seroit pas juste que celui qui est grevé de substitution ne pût pas donner à une seconde femme les mêmes sûretés qu'il a données à la premiere; cela sembleroit contraire à l'intention de celui qui a fait la substitution. Signés, de *Gaubert*, premier Président, *Casault*, *Mignon*, *Dedoat*, *Desclaux*, *Mesplés*, *Bordenave*, *Dejean*, *Lesans*, *Bonnecase*, *Casenave* & de *Casaux*.

PAU.

Brodeau, *sur Mr. Louet*, *lett. D*, *somm.* 21, rapporte un Arrêt du Parlement de Paris (qu'il ne date point) rendu au rapport de Mr. Hennequin, qui a déchargé les biens substitués de l'aug-

M. de Gaubert, premier Président.

PAU.
M. DE GAUBERT.

ment ; & Brodeau remarque que c'étoit dans l'espece d'une troisieme femme, circonstance odieuse & défavorable, l'augment marchant de pas égal avec la dot, ayant un même privilege.

Autre Arrêt indiqué par Bretonnier dans ses observations sur *Henrys*, *tom.* 1, *liv.* 5, *quest.* 66, qui a jugé la même chose pour la maison de Joyeuse.

Henrys rapporte un Arrêt du Parlement de Paris du 24 Juillet 1635, *liv.* 4, *quest.* 2, qui a adjugé à une seconde femme l'hypotheque subsidiaire sur les biens substitués pour la dot seulement, & non pour son augment.

Boniface rapporte un Arrêt contraire du Parlement d'Aix de 1651, *tom.* 1, *liv.* 6, *tit.* 8, *chap.* 1, qui a jugé qu'une seconde femme seroit payée de sa dot subsidairement sur les biens du fidéicommis quoiqu'il y eût un fils du premier lit.

Basset rapporte un Arrêt du Parlement de Grenoble du 14 Août 1670, *tom.* 2, *liv.* 4, *tit.* 3, *chap.* 3, qui a jugé que les biens du fidéicommis contractuel étoient sujets au paiement de la dot de la seconde femme au préjudice des enfans du premier mariage, mais non point l'augment.

Nous estimons que cette même hypotheque subsidiaire a lieu en faveur de la seconde femme, sans nulle distinction, qu'il y ait des enfans du premier mariage ou qu'il n'y en ait point.

TOULOUSE.

LES mêmes motifs qui ont engagé le Parlement de Toulouse à étendre l'hypotheque subsidiaire de la femme sur les biens substitués à tous les degrés en faveur des enfans & descendans, l'ont aussi déterminé à décider que cette hypotheque a lieu au profit d'une seconde femme de l'un des héritiers substitués, nonobstant qu'il y ait des enfans du premier mariage ; c'est pourquoi l'on n'estime point qu'il soit convenable d'admettre de distinction du cas où il y a des enfans du premier mariage à celui où il n'y en a point. Signés, *le Président Daspe*, *Comere* de *Labastide*, *Pegueyroles*, *Bastard*, *Catellan-Lamasquere*, *Azemar*, *Aymar*, *Caussade*, de *Celés*, *Parasa*, *Daspe* de *Meilhan*, & *Le Masuyer*, Pr. Général.

PARIS.
M. le Procureur Général.

ON voit encore sur cette question les deux mêmes vues se combattre, la faveur des fidéicommis & la faveur des mariages ; on voit encore les Commissaires des Cours se diviser, les Auteurs partagés, la Jurisprudence fort divisée.

On ne peut raisonnablement douter que dans le cas où il n'y auroit point d'enfans du premier mariage, l'hypotheque subsi-

diaire de la seconde femme ne fût aussi-bien fondée que celle de la premiere, ainsi d'une subséquente.

Il en est de même du cas où la premiere femme n'auroit eu aucun recours sur les biens compris dans le fidéicommis.

La vraie question est dans la these générale, en y comprenant même & le cas d'enfans du premier lit, & le cas que la premiere femme ou ses enfans douairiers eussent déja entamé le fidéicommis.

Les différentes exceptions & distinctions des Parlemens de Flandres, de Dijon & Besançon, ou la vue d'un d'eux, de laisser ces distinctions ou ces exceptions à la prudence des Juges, sont des tempéramens qui formeroient une Loi trop composée, ou qui feroient naître trop de procès.

Ce qu'on avoit proposé sur la quatrieme question, de fixer une quotité déterminée au-delà de laquelle l'hypotheque subsidiaire ne pourroit avoir lieu, seroit une solution facile qui concilieroit tout; mais on n'a pas cru alors devoir entrer dans ce tempérament.

On a cru que le seul qui pourroit remplir toutes vues de justice, seroit celui qui a été proposé par un des Rédacteurs, de distinguer l'hypotheque à exercer contre les enfans du premier lit qui ont profité du fidéicommis ou de partie d'icelui, ou qui ont eu leur droit ouvert, ou l'hypotheque à exercer seulement contre les enfans du second lit.

Dans le premier cas on peut dire que les enfans du premier lit ayant une espece de droit acquis avant le second mariage, il ne seroit pas juste qu'une seconde femme leur enlevât ce qu'ils auroient droit d'attendre si le second mariage n'avoit pas été contracté; mais il a semblé qu'il n'en étoit pas de même des enfans de la mere même, qui demandoit l'hypotheque subsidiaire; comme c'est à elle qu'ils auroient dû leur naissance & par conséquent leur vocation, on a cru qu'ils ne pourroient, sans injustice, contester à leur mere un recours sur les biens dont ils lui doivent la possession.

Contre ce sentiment on ne peut opposer que le desir que cela peut faire naître dans le cœur de la seconde femme de voir décéder les enfans du premier lit; de là quelques-uns avoient pensé qu'il eût été régulier de fixer l'époque du sort de la seconde femme au moment de son mariage, & de ne lui donner l'hypotheque qu'au cas qu'il n'y eût alors aucuns enfans capables de recueillir le fidéicommis; d'autres avoient pensé de lui donner l'hypotheque indéfinie dans tous les cas, mais ces avis ont été en très-petit nombre.

PARIS.

Ils se sont tous réunis dans un seul point, c'est, de quelque maniere qu'on décidât, de décider pour les troisiemes femmes ou autres subséquentes comme pour les secondes. Mais le plus grand nombre a été pour leur donner l'hypotheque, en ne la donnant point contre les enfans du premier lit ; & quoique dans ce sentiment quelques-uns eussent pensé qu'il suffisoit qu'il y eût des enfans du premier lit qui fussent en état, à la mort du pere, de recueillir le fidéicommis pour exclure l'hypotheque même contre les enfans du second lit qui en auroient recueilli partie, cependant l'avis presque unanime a été que la femme dans tous les cas auroit l'hypotheque subsidiaire contre les enfans de son premier mariage, & qu'elle ne l'auroit jamais contre les enfans du second.

On a bien senti aussi les difficultés qu'on pourroit trouver sur des mariages avec des femmes hors d'état d'avoir des enfans ; mais le seul mot qu'en dit en passant un des Rédacteurs à l'occasion de la question présente, pouvant également s'appliquer à toutes les questions précédentes, on a cru qu'en suivant cette vue ce seroit une source de difficultés par l'incertitude de l'âge où une femme peut avoir postérité ; on a jugé qu'il falloit une Loi uniforme, qu'il falloit enfin étendre ce que l'on décidera pour la faveur des mariages par rapport aux enfans, à ce que les Loix civiles & Ecclésiastiques permettent, soit *ad solatium vitæ*, soit *ad remedium concupiscentiæ*.

Il ne reste à parler que de deux questions subsidiaires que le Parlement de Besançon a agitées.

La premiere, si l'on doit donner l'hypotheque aux substitutions faites par contrats ; mais on ose dire que cela ne doit pas être l'objet d'un doute, le principe & les vues du substituant paroissant être les mêmes.

La seconde, si la prohibition du substituant ne détruit pas toute présomption de sa volonté, ou si le bien public ne doit pas lui ôter cette faculté, c'est ce qui peut réciproquement se combattre. Mais cependant tous les suffrages se sont réunis à penser que l'hypotheque n'ayant de fondement véritable que dans la présomption de volonté, ainsi que les substitutions mêmes, on ne pouvoit ni ôter au substituant la faculté d'exclure l'hypotheque, ni douter qu'en ce cas on ne doive suivre l'acte de substitution.

Ainsi on a estimé que l'hypotheque subsidiaire devoit avoir lieu au profit d'une deuxieme ou troisieme femme, ou autre subsé-

quente, contre tous autres que les enfans d'un premier lit, ou autre précédent mariage, qui auroient recueilli le fidéicommis ou partie d'icelui. PARIS.

On a pensé aussi que tout ce qui a été estimé sur les 40, 41, 42 & 43 question, ne pouvoit avoir lieu qu'au cas que le substituant n'en ait autrement ordonné par l'acte de substitution.

QUARANTE-QUATRIEME QUESTION.

Si les créanciers de la femme ont les mêmes droits qu'elle sur les biens substitués ?

LES créanciers de la femme jouissent en cette Province des mêmes droits qu'elle sur les biens substitués, quand même elle n'auroit pas exercé de son vivant cette hypotheque subsidiaire; ensorte que le privilege attribué à la dot & aux avantages, est regardé comme un privilege réel, & non pas purement personnel. AIX.

Les motifs de ces usages sont :

Premiérement, que l'hypotheque que les créanciers ont rapportée de la part de la femme affectent tous ses droits & privileges dans la même étendue qu'elle auroit pu les exercer, & qu'il ne sauroit être permis aux femmes ni à aucun autre débiteur de faire perdre les assurances que l'hypotheque donne à leurs créanciers par leur négligence dans l'exercice de leurs droits, ni par aucun autre abandon ou département.

En second lieu, il est de l'intérêt des femmes que ce privilege passe à leurs créanciers, parce que pour l'ordinaire l'exercice de cette hypotheque subsidiaire exigeant une discussion préalable des biens propres de leurs maris pendant la durée de cette discussion, elles ne trouveroient point à emprunter, si les hypotheques qu'elles contracteroient en faveur de leurs créanciers, ne transmettoient pas à ceux-ci l'exercice de leurs droits dans la même étendue qu'elles peuvent les exercer par elles-mêmes.

L'ON ne reçoit point les créanciers de la femme à exercer ses droits pour faire valoir le privilege qui lui est personnel, si elle n'a elle-même commencé de les exercer par une demande judiciaire, en restitution de sa dot & droits, avec l'hypotheque subsidiaire sur les biens substitués. M. LE BRET.

AIX. M. DECORMIS, Avocat.

LES créanciers de la femme ne feroient pas reçus à faire valoir ce privilege, si la femme de son vivant ne l'avoit pas exercé par une demande judiciaire de la restitution de sa dot & droits.

BORDEAUX.

IL y a dans le droit & dans les coutumes des privileges si personnels à la femme, qu'elle seule ou ses enfans peuvent s'en prévaloir ; mais nous ne regardons pas l'hypotheque subsidiaire sur les biens substitués comme devant être de ce nombre, attendu que c'est un retour favorable au droit commun & à la liberté des mariages ; ainsi nous ne doutons pas, quoique nous n'ayons point de Jurisprudence là-dessus, que les créanciers de la femme n'aient les mêmes droits qu'elle, quoiqu'elle ne les ait pas exercés. Signés, *Gillet* de *Lacase*, *Le Berthon*, *d'Albessard*, *Bigot*, *Jegun*, *Le Moncreau*, *Loyal*, *Dudon*, *Du Vigier* & de *La Tresne*.

BESANÇON.

QUELQUES-UNS de MM. les Commissaires ont estimé que les créanciers de la femme ne peuvent point exercer ses droits sur les biens substitués : ils se fondent sur ce que c'est un privilege qui lui est accordé & qui est exorbitant de droit commun, qu'il n'est pas juste d'étendre à ses créanciers ; que c'est pour cela qu'on n'accorde pas en ce pays aux femmes une hypotheque pour la répétition de leurs deniers dotaux au préjudice de l'hypotheque des créanciers antérieurs, quoique cette hypotheque privilégiée de la femme soit autorisée par la Loi même ; c'est la Loi *assiduis cod.* & qu'elle soit observée au Parlement de Toulouse.

Ceux de MM. les Commissaires qui ont été d'avis contraire, savent que les créanciers de la femme peuvent exercer les mêmes droits qu'elle avoit sur les biens substitués ; ils se sont fondés sur ce principe du droit, que réguliérement les créanciers peuvent exercer tous les droits de leurs débiteurs. Ce principe a même été porté si loin parmi nous, que l'on admet sans difficulté les créanciers à se porter du chef de son débiteur héritier de celui dont la succession a été déférée au débiteur ; d'ailleurs ce n'est pas ici un privilege, c'est une action accordée à la femme, *ex præsumpta mente testatoris*, sur les biens substitués : la refuser aux créanciers qui exercent ses droits, c'est la refuser à elle-même ; supposé qu'une femme n'ait son recours pour sa dot que sur des biens substitués, elle est obligée d'emprunter pour subsister, les créanciers comptent sur cette dot, ils lui prêtent leur argent de bonne foi ; la femme vient ensuite à mourir, pourquoi, comme exer-

çant ses droits, ses créanciers ne pourroient-ils pas intenter cette action sur les biens substitués, comme ils le pourroient faire sur les biens libres s'il y en avoit ?

Le privilege de la femme, pour être payée de sa dot par préférence aux créanciers antérieurs, est trop injuste pour s'étendre aux créanciers ; ainsi les Arrêts rapportés par Mr. Dolive, qui l'ont ainsi décidé contre les créanciers sont très-justes ; ils le seroient encore même davantage, si en se conformant à l'usage presque général de tous les Tribunaux de l'Europe, ils n'avoient pas accordé à la femme un droit de préférence dont l'injustice se fait sentir d'elle-même, & qui fait un tort évident à des créanciers antérieurs.

Ils ont cru que la regle qui devoit être suivie en ces matieres, c'est celle qu'un savant Auteur a marquée ; savoir, qu'un privilege personnel qui contient quelque émolument peut être exercé par les créanciers, pourvu que ce privilege ne demande pas une acceptation bien précise de la personne à qui il est accordé ; or on ne peut pas dire que le droit de poursuivre la dot sur les biens substitués demande une acceptation précise de la femme pour l'exercer, il est compris dans sa succession de la même maniere que le droit de se pourvoir sur les biens libres. Enfin ils ont dit qu'il ne s'agit pas ici d'un droit odieux, mais d'un droit très-favorable, la femme en s'engageant envers ses créanciers leur a hypothéqué ce droit ; or s'ils peuvent exercer tous les droits rescindans & rescisoires qui appartiennent à la femme leur débitrice, pourquoi ne pourroient-ils pas aussi de son chef intenter une action à elle appartenante sur les biens substitués pour la répétition de la dot ? Eux qui, comme on vient de le dire, pourroient de son chef & sans son consentement obtenir de lettres de rescision pour faire casser un contrat qu'elle auroit passé, dans lequel elle auroit été trompée par dol ou par l'effet de la lésion d'outre moitié.

Ainsi les Commissaires qui ont été de ce sentiment, ont estimé, qu'il doit être déclaré que les créanciers de la femme ont les mêmes droits qu'elle sur les biens substitués quand elle ne les a pas exercés.

Dans le conflict d'opinions il semble que la décision doit dépendre de la maniere dont on envisagera les fidéicommis ; si on les croit plus favorables que la dot des femmes, il est juste en ce cas de restreindre le privilege de l'authentique *res quæ* personnelle-

BESANÇON.

ment aux femmes & à leurs héritiers, sans la communiquer aux héritiers étrangers, & bien moins encore aux créanciers : si au contraire l'on juge que la dot des femmes est plus favorable, & que les fidéicommis & les dots méritent chacun de leur côté une faveur égale, en ce cas-là il seroit juste, ce semble, de déclarer que les créanciers pourroient exercer les droits de la femme sur les biens substitués de la même maniere qu'elle le seroit elle-même, ou qu'elle auroit pu le faire de son vivant. Fait & arrêté le 29 Août 1730. Signés, *Boisot*, *Espiard*, *Tinseau*, *Dorol*, & *Boquet* de *Courbouson*.

COLMAR.

JUSTINIEN dans la Novelle 91 dit en termes exprès : *non aliis dedimus & damus hoc privilegium aut hæredibus, aut creditoribus, sed solis filiis ;* voilà le doute décidé par le droit.

La raison confirme cette décision.

La femme peut exercer ses droits sur les biens substitués; si elle ne le fait pas, elle contribue par ce silence à l'exécution de l'intention du substituant ; à son défaut les créanciers veulent agir en son nom, ils veulent par là faire tomber la substitution & en anéantir l'effet. Dans ce doute lequel des deux partis est préférable ? C'est, selon nous, celui qui tend à l'accomplissement des intentions du testateur, & par conséquent nous ne pouvons nous empêcher de tenir pour la négative sur cette question. Signés, de *Corbeson*, *Holdt*, *Muller & Mulle*.

DIJON.

DE neuf Commissaires cinq ont été d'avis, que les créanciers ont les mêmes droits que la femme sur les biens substitués, & leur sentiment a été fondé sur les raisons suivantes.

L'hypotheque subsidiaire de la femme sur les biens substitués est un droit tiré du testament même qui contient la substitution, suivant la regle de droit *in testamento plenius voluntates testantium interpretantur. Lib.* 12, *ff. de reg. jur.*

On présume que le testateur qui a substitué ses biens aux enfans de son héritier, & qui a souhaité par là que son héritier se mariât, lui a permis en même temps d'assurer la dot de sa femme sur les biens substitués, puisque sans cette assurance, ou cette hypotheque, l'institué n'auroit pas aisément trouvé un mariage convenable, & il suffit que telle ait été l'intention du testateur, pour que la femme de l'héritier grevé ait droit, en vertu du testament même, d'exercer cette hypotheque subsidiaire sur les biens substi-

tués,

tués, & ce droit étant de la nature de tous les autres, peut passer aux créanciers lorsque la femme a négligé de le faire valoir.

Il est vrai que cette hypotheque a été regardée, par quelques Auteurs, comme un privilege établi en faveur des femmes contre le droit commun qui défend l'aliénation des biens substitués.

Mais le droit commun permet l'aliénation des biens substitués lorsque la volonté du testateur l'autorise, & ici l'hypotheque subsidiaire est fondée sur l'intention présumée du testateur, *ex præsumpta mente testatoris*; & l'on s'est persuadé qu'il a souhaité cette hypotheque quoiqu'elle n'ait pas été exprimée dans son testament, *minus scriptum, plus nuncupatum videtur. L. 7, cod. de testamentis.* A supposer même que cette hypotheque fût plutôt un privilege qu'un droit, ce privilege seroit réel, c'est-à-dire attaché à la qualité des dots dont l'état doit procurer la sûreté. *Reipublicæ interest mulierem dotes salvas fore*, & il seroit encore en ce cas là transmissible aux créanciers comme aux héritiers, suivant la *Loi* 68, *ff. de regul. jur. in omnibus causis id observatur, ut ubi personæ conditio locum facit, beneficio ibi deficiente, ea beneficium quoque deficiat: ubi vero genus actionis id desiderat ibi ad quemvis persecutio ejus devenerit, non deficiat ratio auxiliis.*

Aussi *Fusarius, quest.* 531, *n.* 45 & 48. Paul *de Castres, consil.* 15. Jason, sur l'authentique *res quæ*, *n.* 32. Boerius, *quest.* 130, *num.* 11; & Menochius, *liv.* 4, *præsumpt.* 189, *n.* 141, sont d'avis que cette hypotheque subsidiaire passe aux créanciers de la femme: ceux qui soutiennent l'opinion contraire l'appuyent sur la disposition de la Loi unique *cod. de privilegio dotis.*

Mais ces trois Loix, dont les deux premieres excluent l'héritier du privilege accordé aux femmes pour la répétition de leurs dots, & dont la derniere ne fait passer ce privilege qu'aux seuls enfans, n'ont eu en vue que le privilege de préférence accordé aux femmes par la Loi *assiduus* 12, au cod. *qui potiores in pignor. hab.* qui vouloit qu'elles fussent préférées aux créanciers antérieurs à leur contrat de mariage. Cela se justifie par les observations de *Peresius*, sur la Loi unique au code *de privilegio dotis*, & sur le §. des Instit. *de actionib.* & par la note de *Godefroy* sur la Novelle 91; & comme ce privilege étoit aussi opposé au droit commun qu'aux sentimens de l'équité naturelle, ce fut avec grande raison qu'on le restreignit à la seule personne de la femme & à celle de ses enfans; au lieu que l'hypotheque subsidiaire sur les biens substitués n'ayant rien qui ne soit conforme à l'équité

DIJON. naturelle, à la disposition du droit commun, & à l'intention des testateurs, il paroît que l'usage en doit être plutôt étendu que resserré, & que cette hypotheque peut passer aux créanciers de la femme comme tous les autres droits. Signés, de *Bouhier*, *Mayrelet*, de *Minot*, *Basin*, *Genreau* & *Thiery*.

DIJON. La négative semble juste & constante, trois textes du même droit, qui a établi le privilege dont il s'agit sur les biens substitués y sont formels.

Le premier porte, *scire debes privilegium dotis quo mulieres utuntur in actione de dote, in hæredes transire* (*a*).

Il est dit au second, *præferri autem aliis creditoribus cum censimus cum ipsa mulier de dote sua experiatur cujus sotius providentia induximus.*

Enfin, on trouve dans le troisieme & dernier, *non enim aliis dedimus dudum & damus hoc privilegium aut hæredibus aut creditoribus sed solis filiis* (*b*).

En expliquant les deux premiers de ces textes par le dernier (*c*), presque tous les Interpretes ont décidé, que les seuls enfans de la femme pouvoient jouir, à son défaut, de tous les privileges qui lui étoient accordés pour la répétition de sa dot.

Cette résolution n'en est pas moins juste, quoiqu'il soit vrai que le §. & la Novelle cités (*d*) aient rappellé, *via demonstrationis & exempli causa*, le privilege qui assure à la femme la préférence sur tous les créanciers hypothécaires, même antérieurs à son mariage.

En effet, la raison de décider sur le point dont il s'agit, qui est tirée de ce que le privilege est exorbitant de droit commun, est évidemment commune à tous les autres privileges de la femme, la même décision doit donc y être étendue, *ubi eadem ratio, ibi idem jus.*

Aussi tous ces privileges se trouvent-ils confondus (*e*), & justement réduits à un même effet dans le premier texte qui a été cité.

(*a*) *Leg. unic. cod. de privil. dot.* §. 29, *instit. de actionib.*
(*b*) *Novell.* 91, *in præfat.*
(*c*) *Vide* Godefroy, Cujas, *ibid.* Menochius.
(*d*) *Leg. assiduis, cod. qui potior. in pignor. habeantur.*
(*e*) *Leg. unica, cod. de privil. dotis.*

On oppose que quelques Auteurs limitent encore ce texte au cas de la préférence exorbitante sur l'hypotheque.

Mais l'ont-ils pu contre la disposition indéfinie de la Loi qu'ils ont expliquée, *neque addere legi, neque detrahere quicquam licet.* Le plus grand nombre des Docteurs ont judicieusement agité ce sentiment; il suffit, en un mot, que ces termes clairs & précis de la Loi citée, *privilegium dotis actione de dotè*, ne permet pas de revoquer en doute qu'elle ne soit générale. *Generaliter prolata sunt intelligenda.*

Un autre principe fonde encore d'une maniere sensible l'opinion à laquelle on se fixe ici contre les créanciers. Il se tire des regles de l'un & de l'autre droit, qui veulent que tous les privileges & bénéfice personnel soit éteint avec la personne qui en a fait l'objet, & qu'il n'y a que le privilege réel qui passe à tous successeurs. (*a*) *Personnæ privilegium personam & sequitur & extinguitur cum persona.*

C'est aussi la regle certaine, que l'usage de tous les privileges dépend pleinement de la volonté de celui à qui il est accordé (*b*). *Invito beneficium non detur.*

Ceux qui dans l'espece proposée se déterminent en faveur des créanciers, soutiennent & sont obligés de soutenir que le recours subsidiaire sur les biens substitués n'est point un privilege, mais un droit ordinaire à former, que les créanciers peuvent exercer comme tous autres droits au nom de leur débiteur.

En effet, dit-on, ce n'est pas seulement par le droit nouveau, mais par celui du Digeste que ce recours se trouve autorisé; il y est censé approuvé comme dérivant de la volonté présumée du testateur dont le vœu est censé se porter au mariage de ses héritiers substitués (*c*). *Non in eversionem fideicommissi, sed voto testatoris congruit.*

Mais il est constant, comme le remarquent les meilleurs Interpretes, qu'on ne peut tirer à conséquence la décision de la Loi opposée, parce qu'elle est uniquement fondée sur les circonstances particulieres qui résultent de son espece; l'on y voit que si le Jurisconsulte y permet de prendre la dot sur les biens fidéicommissés, c'est à la fille même du testateur qui ne l'avoit grevée de

(*a*) *Cap.* 7, *in* 6°. *de reg. jur. L.* 68, *&* 19, *ff. ibid.*
(*b*) *L.* 69, *&* 156, *de regul. jur.*
(*c*) *L.* 22, §. *cum proponeretur, ff. ad S. C. Trebell.*

DIJON.

substitution que sous la condition *si sine liberis decesserit*, condition qui présupposoit nécessairement le mariage de cette fille.

D'ailleurs, quand la présomption du vœu du testateur seroit générale & légitime en faveur des personnes nécessaires au mariage de ses héritiers substitués, n'est-il pas sensible qu'à l'égard de toutes autres personnes étrangeres, telles que sont ici les créanciers, le même vœu résiste, & qu'il n'en résulte qu'un renversement de fidéicommis contre l'intention du testateur ?

Quoiqu'il en soit, il est facile d'établir nettement que ce recours subsidiaire est un véritable privilege.

C'en est un, sans doute, s'il n'aliene que par un droit spécial & singulier, s'il ne dérive point du droit général & commun, (*a*) *Privilegium est jus singulare, non jus commune.* C'est la notion qui nous est donnée du privilege par le célebre Mr. Cujas, & par tous les autres Interpretes, (*b*) *quia tanquam privatæ leges, & in privatorum rogationes sunt privilegia*, dit aussi *Pebius.*

Or les Auteurs (*c*) qu'on emploie même en faveur des créanciers, sont demeurés d'accord, que le recours subsidiaire sur les biens substitués étoit exorbitant du droit commun & au-delà de la disposition. *Exorbitans & præter jus commune.* Circonstance qui seule suffit pour persuader que ce recours est un vrai privilege, suivant la définition que donne encore le même *Pebius* (*d*). *Privilegium est quædam specialis indulgentia juris aliquid agendi contra id quod regulariter alio qui jure communi non permissum est.*

Il est certain que le recours subsidiaire dont il s'agit n'auroit point lieu, s'il ne se trouvoit établi par une Loi spéciale qui est la Novelle 39 ; elle eût été superflue, si le droit commun y eût été conforme : le recours s'étendroit d'ailleurs dans cette présupposition à tous degrés & à toutes lignes, au lieu qu'il est exactement restreint aux cas exprimés par la Novelle, malgré toute identité de raison, suivant qu'il résulte des résolutions données sur les Questions précédentes : tout se réunit donc ici pour la certitude du principe que ce recours est un privilege. *Jus singulare non jus commune*, d'autant plus que le droit commun défend indistinctement l'aliénation des biens fidéicommissés, & qu'il ne permet point

(*a*) *In dictâ Leg.* 68, *de reg. jur.*
(*b*) *In dicto, cap.* 7. *n.* 3, *de reg. jur.*
(*c*) *Fusarius, quæst.* 531. *Menochius, loco sup. dicto.*
(*d*) *Loco supra dicto.*

qu'on charge un tiers du paiement des dettes étrangeres : il n'eſt pas moins conſtant que ce privilege eſt perſonnel & non réel.

Le privilege réel eſt celui auquel la qualité de la choſe même donne lieu, *in quo res eſt cauſa privilegii.* Ce privilege paſſe à tous ſucceſſeurs, mais il en eſt peu d'exemples (*a*). Les Interpretes ont tous donné celui-ci qui paroît le plus ſpécial du Droit, *ut actio funeraria quæ datur hæredi ejus qui funus fecit cum privilegii cauſa funeris extorſit beneficium.*

Ce n'eſt point la qualité de la choſe qui a fait introduire tous les privileges accordés pour la répétition de la dot, d'où il paroît naturel de conclure que ces privileges ſont perſonnels & non réels ; c'eſt auſſi la concluſion unanime des Auteurs.

Elle eſt fondée, cette concluſion, ſur l'idée que donne (*b*) le Juriſconſulte *Paul* du privilege perſonnel, c'eſt celui qui eſt excité & établi par la faveur de la condition de la perſonne. *Ubi perſonæ conditio locum facit beneficio, ibi deficiente ea, beneficium quoque deficiat.*

Pekius a judicieuſement obſervé ſur cette Loi. *Privilegium perſonæ vocat quæ proximum cauſam perſonæ habent quando perſona proxima beneficii cauſa eſt, & quæ principaliter perſonæ gratia conceduntur.*

Il ajoute, qu'à cet égard, on ne doit point faire attention aux autres cauſes plus éloignées, *proxima cauſa ſola ſpectanda eſt non remota.*

On ne doute point que la cauſe prochaine & principale de tous les privileges accordés pour la répétition de la dot, ne ſoit la perſonne de la femme, & non la dot même. Les biens qui compoſent cette dot, n'en ſont au plus que la cauſe éloignée & peu conſidérable ; ils ne ſont réputés ni dénommés dotaux, qu'en temps qu'ils ſont réputés par la femme ou par les enfans qui la repréſentent pleinement à cet égard, ſuivant que la Loi l'a décidé ; par rapport à tous autres, ces biens ne ſont regardés que comme un patrimoine ordinaire (*c*). *Intereſt reipublicæ eſt mulieris indotatæ maneant.* C'eſt cette maxime qui a fait introduire tous ces privileges : maxime évidemment limitée à la perſonne de femmes,

---

(*a*) Cujas, *in dictâ. Leg.* 68. Pekius, Menochius, Bretonnier ſur les queſt. des ſubſtit. Dernuſſon du Douaire, chap. 1, n. 46.

(*b*) *D. Leg.* 68.

(*c*) *Petr.* Faber, *in cod. Leg.* 68. Cujas, *ibid.* Pekius & Menochius, *loco ſup. dicto.*

DIJON.

quando quidem id privilegium non actionis est, sed mulieri datur præcipuum favorem meruit, a dit encore un savant Magistrat.

Enfin la supplique même sur laquelle la Novelle 39 a été formée, prouve spécialement que la faveur & la considération de la personne de la femme, ont seuls donné lieu au privilege qui y est établi. *Ingemiscebat juste mulier injustum esse quasi per deceptionem dominum quidem virum totius dotis, &c.*

Ce privilege est donc personnel, ainsi il ne peut s'étendre au-delà des personnes qui ont été singuliérement appellées, *defficiente ea, beneficium quoque defficiat. Limitata causa, limitatum parit effectum, cessante causa cessat effectus.*

Les maximes particulieres (*a*) de la Jurisprudence Française semblent encore décisives contre les créanciers; en effet, on leur a toujours interdit en ce Royaume l'exercice des actions mixtes & privilégiées, même dans le cas ou la réalité y détermine & les fait passer aux héritiers; ainsi les créanciers ne paroissent pas devoir être admis au bénéfice de restitution du chef de leur débiteur, s'ils ne sont fondés *ut quilibet*, en cession spéciale de ses actions rescindantes & rescisoires; ainsi ils ne sont pas reçus à exciper de son chef *du droit d'ainesse*, *de retrait féodal*, *lignager*, *de commise*, ou *main mise de fiefs* attribués par les coutumes; enfin ces Arrêts les ont déclarés non-recevables *à impugner du testament qui grevent leurs débiteurs de substitutions en la légitime*, ou qui étoient contraires aux coutumes qui défendent d'avantager l'un des enfans plus que les autres.

On trouve dans les Additions sur *Ricard*, *tom.* 2, *n.* 504, un Arrêt semblable de 1671, précisément pour l'hypothese de la question; aucun livre ne fournit de préjugé contraire. L'Arrêt sur la substitution de la maison de Vendôme étant survenu en des circonstances particulieres & différentes de l'espece proposée.

Il est également certain qu'aucun Auteur ne s'est déterminé sur cette derniere espece en faveur des créanciers, ceux en petit nombre qui sont opposés n'ayant rendu le privilege dont il s'agit transmissible qu'au profit des héritiers de la femme, lesquels sont beaucoup plus favorables en ce point que les créanciers, suivant les exemples rapportés ci-dessus.

(*a*) Voyez au Journal du Palais les Arrêts des 21 Janvier 1672, & 20 Août 1674.

Au reste, que ce privilege soit cessible ou non, ce point est étranger à la difficulté proposée; quant après l'ouverture du privilege la femme cede *pretio accepto*, c'est de sa part en profiter & l'excepter réellement, il paroît juste alors que le cessionnaire ayant payé le prix de la cession en ait l'effet. DIJON.

Les Auteurs qui approuvent la cession en ce cas, la rejettent en tout autre, *quia hoc factum est ad providentiam mulieris*, dit *Menochius*. Il s'agit ici au contraire du privilege non exercé ni par cession ni autrement.

On ne doute point aujourd'hui *que le retrait féodal ne soit cessible*, mais aucun créancier n'est recevable à en user, à moins qu'il ne lui ait été spécialement cédé.

L'on ne doit pas dire que la résolution ici prise contre les créanciers semble ouvrir la porte à une infinité de fraudes à leur préjudice; en effet, c'est prendre pour principe ce qui est en question. La femme peut sans fraude ne se pas servir d'un privilege personnel dont le droit commun laisse l'exercice à sa libre faculté. *Non fraudem facit qui jure suo utitur.*

La fraude au préjudice des créanciers n'est réprimée, & ne doit l'être selon ces principes que quand elle porte sur les actions certaines & propres de leur débiteur; mais on ne peut ici l'établir, ni par conséquent la supposer dans l'omission arbitraire de droit, d'un privilege personnel, sur les biens d'un tiers; enfin, le plus souvent cette omission est involontaire & forcée; par exemple, quand elle arrive par la mort de la femme avant l'ouverture de son privilege, cas qui semble être celui qu'on a en vue dans la question présente. Signés, de *Birbisey*, de *La Marre*, *Lantin* & *Normand*.

Nous croyons que les créanciers de la femme n'ont point les mêmes droits qu'elle sur les biens substitués, ni de son vivant, ni après sa mort, lorsqu'elle ne les a pas exercés, parce que le privilege de la dot est personnel à la femme, & que l'intérêt public sur lequel il est fondé, ne milite pas également en faveur de ses créanciers. Signés, de *Pollinchon*, *Pinault* de *Banneaux*, *Doucho* de *Beaulieu*, *Visant* de *Ponange*, *Curpin* de *Burges*, *Bisschop* de *Calonne*, *Vaymel* & *Duparq*. FLANDRES.

On ne donne point le même droit aux créanciers de la femme, quand elle ne l'a pas exercé. Signés, *Grammont*, premier Président, *Marnays* de *Beauvais*, *Garnier*, *Leusse des Costes* & *Dalmas*. GRENOBLE.

METZ.

LES créanciers de la femme ne doivent pas avoir les mêmes droits qu'elle, quand elle ne les a pas exercés, l'intérêt public qui accorde cet avantage aux femmes, ceſſant lorſqu'il ne s'agit plus que de l'intérêt d'un particulier. Signés, de *Montholon*, *Pierre*, *Bertrand* de *Lange*, *Muzac*, *Le Goulon* de *Champel*, *Lançon* & *Bonneau*.

PAU.

NOUS croyons que les créanciers de la femme peuvent exercer les mêmes droits quand elle ne les a pas exercés : c'eſt un privilege qui n'eſt pas ſi perſonnel à la femme, qu'il ne paſſe auſſi à ſes héritiers, à bien plus forte raiſon doit-il être accordé aux créanciers *qui certant de damno vitando*. Ils pourroient toujours exercer l'action de l'héritier, qui s'eſt obligé envers eux par l'adition de l'hérédité de leur débitrice. Signés, de *Gaubert*, *Caſaux*, *Mignon*, *Dedoat*, *Deſclaux*, *Meſplés*, *Bordenave*, *Dejean*, *Leſan*, *Bonnecaſe*, *Caſenave* & de *Caſeaux*.

M. DE GAUBERT, premier Préſident.

LES créanciers de la femme ne jouiſſent point du privilege de la dot, étant un privilege perſonnel à la femme. §. *Præferri autem aliis creditoribus in hypothecis tunc cenſuimus cum ipſa mulier de dote experitur cujus ſolius providentia hoc induximus*. §. *Fuerat* 29, *inſtit. de actionib.*

M. Dolive, *liv.* 3, *chap.* 23, rapporte un Arrêt après partage du 5 Mars 1633, qui a borné le privilege en la perſonne de la femme. Autre Arrêt du Parlement de Paris du 5 Septembre 1671, qui a jugé que les créanciers de la femme ne peuvent exercer l'hypotheque ſubſidiaire de la femme ſur les biens ſujets à reſtitution. La Loi même ſemble refuſer le privilege de la femme aux héritiers. *Leg. unica*, *cod. de privil. dotis*, ſur quoi Godefroi indique, *hæredem extraneum*.

Sur quoi *Marie Ricard*, *tom.* 2, *des ſubſtit. direct. & fidéicom. tr.* 3, *chap.* 13, *ſect.* 1, *part.* 2, donne cette raiſon pour refuſer ce privilege, que les créanciers de la femme ne peuvent point le faire valoir, la femme n'ayant point de ſon vivant exercé ſon privilege, & demandé que ſes conventions matrimoniales fuſſent priſes & payées ſubſidiairement ſur les biens ſubſtitués, l'intérêt public qui donna cet avantage à la dot de la femme ceſſant par ſon décès, & ne s'agiſſant plus que de l'intérêt d'un particulier, ce privilege tombe.

M. Cambolas, *liv.* 5, *chap.* 11, eſtime encore que l'héritier étranger

étranger du pupille, n'a point le privilege du pupille antérieur en hypotheque à la dot de la femme pour son reliqua de compte, d'être préféré à la dot, la faveur cesse par la condition de la cause, par le décès du pupille qui y avoit donné lieu, par un privilege personnel. *Privilegium personale personam non egreditur sed cum persona extinguitur. L. Ætatem, §. Ultimo, ff. de censibus, privilegia enim sunt stricti juris nec extenduntur de re ad rem nec de persona ad personam.*

Le privilege de préférence pour la répétition de la dot de la femme contre les créanciers même antérieurs du mari est si personnel à la femme, que la *Novell.* 91, *in præfat.* dit que ce privilege ne passe point aux héritiers de la femme à moins que ce ne soit ses enfans, *non enim aliis dedimus dudum & damus hoc privilegium aut hæredibus aut creditoribus sed filiis suis. Dictâ Nov.* 91.

Marie Ricard, des substit. direct. & fidéicom. tr. 3, chap. 13, sect. 1, part. 1, n. 113, rapporte un Arrêt du Parlement de Toulouse, donné, toutes les Chambres assemblées, le mois de Mars 1610, qui a jugé que les créanciers ni même les enfans, les héritiers de la femme, ni le pere recouvrant la dot de la fille par droit de retour, ne jouissent pas du privilege de la dot au préjudice des substitués, étant un privilege personnel à la femme & de droit étroit, *mortua uxore non est amplius dos sed proprium patrimonium patris filiorum aut fratrum.* Cet Arrêt est rapporté *par Mr. Larroche-Flavin, liv.* 2, *tit.* 6, *Arrêt* 2, in verbo, dot & préférence d'icelui.

Dans la cession générale des droits & actions les privileges n'y sont jamais compris, s'ils ne sont expressément exprimés & ne passent point aux créanciers. C'est sur ce principe que *Chopin*, sur la coutume d'Anjou, rapporte un Arrêt du 17 Février 1601, qui a jugé que les créanciers du fils, dont le pere avoit substitué la légitime, qui naturellement doit être laissée *sine onere & gravamine*, ne peuvent point réclamer contre cette disposition. La raison paroît naturelle : le droit de réclamer est personnel au fils, la légitime étant un droit du sang & de la nature, il ne peut se communiquer à d'autres. Autre Arrêt du Parlement de Paris du 21 Janvier 1672, qui a jugé que les créanciers du fils n'avoient nulle qualité pour se plaindre d'une substitution faite par le pere.

L'on trouve néanmoins un Arrêt du Conseil d'Etat du Roi du 24 Janvier 1678, rapporté au premier tome du Journal du Palais, page 871, qui a jugé que les biens substitués de César de Vendôme

PAU.

ont été déclarés affectés & hypothéqués à toutes les conventions de mariage, remplois & indemnités des dettes de Françoise de Lorraine; mais il faut observer qu'il y avoit clause expresse du remploi & autres indemnités.

Quoique les Loix, les principes ci-dessus ramenés & l'autorité des Arrêts soient très-respectables, l'on y démêle une rigueur qui entraîne une injustice : une femme ayant contracté des dettes, pouvant elle-même trouver son indemnité & des ressources subsidiairement sur les biens substitués pour les acquitter, pourquoi ses créanciers exerçant ses actions n'auroient-ils pas la même faveur ? La femme pourroit ébrêcher subsidiairement les biens substitués pour retrouver ses conventions de mariage : n'y a-t-il point la même justice pour ses créanciers légitimes, *qui certant de damno vitando*, & les substitués *de lucro captando* ? La substitution étant une bonne fortune pour eux, faut-il qu'ils perdent leurs créances parce que la femme a négligé d'agir, ou pour avoir été prévenue par son décès ? L'équité désavoueroit cette distinction.

Nous croyons que les créanciers de la femme ont les mêmes droits qu'elle sur les biens substitués, quoiqu'elle ne les ait point exercés.

TOULOUSE.

L'HYPOTHEQUE subsidiaire de la femme sur les biens substitués, lorsque la substitution est faite par un ascendant, affecte les biens substitués (*a*) : c'est sur la foi de cette hypotheque qu'elle & ses parens contractent le mariage ; ainsi ce n'est point un privilege personnel, & cette hypotheque, suivant l'usage du Parlement de Toulouse, passe à toute sorte d'héritiers, & par conséquent les créanciers de la femme peuvent exercer ses droits à cet égard, quoiqu'elle ne l'ait pas fait elle-même. Signés, *le Président Daspe*, *Comere* de *Labastide*, *Pegueyroles*, *Bastard*, de *Catellan-Lamasquere*, *Azemar*, *Cassand*, *Aymar*, *Caussade*, de *Celés*, *Parasa*, *Daspe* de *Meilhan*, & *Le Masuyer*, Procureur Général.

PARIS
M. le Procureur Général.

A la premiere vue de cette question, il semble d'abord qu'elle ne doive pas former le moindre doute, puisque c'est un principe certain parmi nous, que tout créancier entre dans tous les droits de son débiteur.

(*a*) Mr. de Catellan, liv. 4, chap. 44. Le Commentateur de Mr. Larroche, sur le mot *dot*, art. 2.

Il eſt pourtant vrai que pluſieurs des Cours qui ont été conſultées ont été d'avis contraire, & ſur des motifs qui ne laiſſent pas que d'avoir quelque fondement. Le motif du privilege qui n'eſt que perſonnel à la femme, qui n'a été introduit qu'en faveur du mariage, & qui ceſſe dès qu'elle veut bien s'en départir, celui de pluſieurs Loix Romaines, ſur de pareils privileges des femmes, qu'on a borné à elles ſeules. PARIS.

Mais ces Loix, appliquées peut-être aſſez mal ou peut-être mal interprêtées, ſeront-elles ſupérieures à la maxime, que le créancier eſt un ayant-cauſe qui a le droit d'exercer tous ceux de ſon débiteur ? Pluſieurs Cours ont été favorables aux créanciers : de celles qui les excluent il y en a qui ont porté l'excès juſqu'à exclure les enfans, ce qui fait qu'on peut dire avec raiſon, que qui prouve trop ne prouve rien. Il n'eſt plus queſtion de la faveur du mariage pour décider cette queſtion ; ce motif accompli par le mariage a donné un droit de ce jour à la femme, qu'elle peut par conſéquent tranſmettre. Le privilege eſt plus réel & plus attaché à la dot qu'à la femme même : les femmes ont d'ailleurs un intérêt, qu'on leur prête ſouvent, pour ſe procurer après la mort du mari le paiement de leurs conventions : ce ſont elles qui profitent ſous le nom de leurs créanciers, puiſqu'elles en ſont d'autant quittes avec eux. Quelles fraudes ne pourroient-elles pas commettre au préjudice de leurs créanciers légitimes ? Enfin, fera-t-on une Loi, qui ſera la ſource de tant de procès, pour ſavoir ſi la femme a eu le loiſir d'exercer ſes droits ou non, & ſi elle a ſurvécu à ſon mari aſſez de temps, pour qu'on puiſſe en induire un abandonnement de ſes droits ?

Ainſi on a eſtimé que les créanciers de la femme avoient les mêmes droits qu'elle ſur les biens ſubſtitués quand elle ne les auroit pas exercés.

QUARANTE-CINQUIEME QUESTION.

Si le Décret purge les ſubſtitutions ?

COMME les décrets n'ont jamais été admis en Provence, cette queſtion ne peut y être agitée. AIX.

LE décret n'a pas lieu en Provence, & l'on y regarde comme M. LE BRET.

AIX.

un privilege la néceſſité où les créanciers ſont réduits de ſe colloquer ſur les biens de leur débiteur. Quand l'on conſidere les grands fraix, les longueurs & le peu d'effet des décrets, l'on ſe perſuadera facilement que les Provençaux ont raiſon.

M. DE CORMIS, Avocat.

LE décret n'a pas lieu en Provence, c'eſt un pays de collocation & non de décret.

BORDEAUX.

C'EST une Juriſprudence certaine au Parlement de Bordeaux, que le décret purge la ſubſtitution. Signés, *Gillet* de *Lacaſe*, *Le Berthon*, *d'Albeſſard*, *Bigot*, *Jegun*, *Le Moncreau*, *Loyal*, *Dudon*, *Du Vigier* & de *La Treſne*.

BESANÇON.

SUIVANT l'uſage obſervé en Franche-Comté, le décret ne purge que les hypotheques & non les droits de propriété; & par une conſéquence de ce principe, il ne peut effacer la ſubſtitution, ſi ce n'eſt dans le cas où le décret auroit été pourſuivi par un créancier antérieur à la ſubſtitution : dans les autres cas il ſemble que les héritiers ſubſtitués n'étant pas ſaiſis avant l'événement de la condition, on ne peut leur imputer aucune négligence, outre que la ſubſtitution étant publique, l'adjudicataire du décret peut s'informer ſi parmi les biens ſaiſis il y en a quelques-uns dont l'aliénation ſoit interdite.

Mais puiſqu'il s'agit de faire une Loi nouvelle, il eſt juſte de balancer les avantages des ſubſtitutions avec l'intérêt public. Or il eſt certain qu'il y a de grands inconvéniens, à vouloir que dans tous les cas le décret ne purge pas la ſubſtitution même par le laps de temps écoulé depuis l'adjudication, puiſque en admettant ce principe il pourroit arriver, qu'après une poſſeſſion de quatre-vingt ans on viendroit à évincer des poſſeſſeurs de bonne foi, ce qui tend à troubler l'état des familles; d'ailleurs il n'eſt pas véritable que ceux qui ſont appellés à un fidéicommis ne puiſſent pas, avant qu'il ſoit ouvert à leur profit, s'oppoſer à la vente des biens qui y ſont compris; il eſt au contraire certain qu'ils le peuvent, parce qu'ayant un droit habituel à la choſe, ils ont qualité pour s'oppoſer à une aliénation qui pourroit leur devenir préjudiciable; au fonds, ne ſeroit-ce pas admettre une eſpece d'impreſcritibilité en faveur des biens ſubſtitués? (Il n'y a, dit *Mr. d'Argentré*, *art.* 226, *liv.* 25, *n.* 9, que la ſeule prohibition d'aliéner preſcrite par la Loi qui puiſſe empêcher la preſcription,

& non celle qui eſt portée par le teſtament ou par contrat. Note ſur Dupleſſis, cout. de Paris, *de preſcript.* liv. 1, chap. 1, p. 437, édit. de 1709) que de leur donner le privilege de pouvoir être vendiqués après une délivrance faite d'autorité de juſtice, qui eſt de tous les titres tranſlatifs de propriété le plus ſolide, dans la circonſtance que l'adjudication auroit été ſuivie d'une poſſeſſion tranquille de plus de trente ans? N'y a-t-il pas de l'équité à dire que cette poſſeſſion doit ſuffire avec la délivrance par décret, à moins que de vouloir abſolument ſouſtraire à l'empire de la preſcription les biens ſubſtitués?

BESANÇON.

C'eſt ſur ces motifs que les Commiſſaires eſtiment que l'on doit déclarer que le décret ne purge pas la ſubſtitution, à moins que le poſſeſſeur que l'on veut évincer ne juſtifie que par ſon fait, ou par celui de ſes auteurs, il eſt en poſſeſſion depuis plus de trente ans de l'adjudication de la choſe que l'on prétend être compriſe dans le fidéicommis. Fait & arrêté le 29 Août 1730. Signés, *Boiſot*, *Eſpiard*, *Tinſeau*, *Dorol*, & *Boquet* de *Courbouſon*.

COLMAR.

Si le tiers-poſſeſſeur de bonne foi preſcrit les choſes ſubſtituées par quarante ou au moins trente ans, à compter du jour de la reſtitution ouverte, parce qu'alors le ſubſtitué *cum effectu agere poteſt*, ſuivant la Juriſprudence de différens Arrêts; ne peut-on pas dire, par identité de raiſon, que le décret purge la ſubſtitution? Le ſubſtitué pendant le temps qu'il faut pour mettre le décret en état, *cum effectu agere poteſt*, il peut s'oppoſer afin de diſtraire, ne le faiſant pas, il ſemble renoncer à ſon droit.

Le décret pour la ſûreté de celui qui contracte de bonne foi avec la juſtice, purge le fonds vendu de toutes les hypotheques. La ſubſtitution eſt une eſpece d'hypotheque attachée au fonds ſubſtitué, le décret doit donc le purger de même.

Les Fiefs, ſuivant la Juriſprudence de nos Arrêts, & ſuivant celle d'Allemagne, ſont preſcriptibles en certaines circonſtances. Les ſubſtitutions ne ſont pas plus favorables que les fiefs, elles doivent être par conſéquent ſujettes à preſcription, ſi elles ſont preſcriptibles; pourquoi ne voudroit-on pas qu'elles puſſent être purgées par le décret?

Tout ce que l'on peut faire ne plus avantageux pour le maintien des ſubſtitutions, c'eſt de faire une diſtinction entre ceux au profit deſquels la ſubſtitution eſt ouverte au temps du décret, & ceux au profit deſquels elle ne l'eſt qu'après. Les premiers ont

COLMAR.

dû s'opposer, parce qu'ils avoient un droit acquis, lequel ils ne devoient pas négliger ; c'est à leur égard un usufruit qu'ils ont bien voulu perdre en ne s'opposant pas ; mais pour ceux au profit desquels la substitution n'est point encore ouverte, ils n'ont pu agir, on ne peut leur rien imputer ; & comme l'aliénation faite par le possesseur ne nuit jamais aux substitués, de même la négligence de s'opposer ne peut leur être préjudiciable.

C'est à cette distinction que nous fixons notre avis, quelque fondée que paroisse l'affirmative. Signés, de *Corbeson*, *Holdt*, *Muller* & *Mulle*.

DIJON.

L'AFFIRMATIVE est certaine par rapport à la substitution ouverte ; mais la négative semble au contraire plus réguliere & plus juste à l'égard de la substitution non ouverte.

Il a été jugé, qu'en ce dernier cas le décret ne purge point la substitution, par Arrêt du Parlement du 6 Juillet 1648, au profit de la Dame de Charay.

En effet, la déchéance qu'opere le défaut d'opposition au décret dans le temps prescrit par les Ordonnances, n'est ainsi produite que par une espece de prescription, d'autant plus rigoureuse qu'elle est renfermée dans un espace de temps plus court.

Or il est certain que les droits non ouverts ne sont point sujets à prescription, il n'est pas juste de forcer d'agir celui qui n'a qu'une espérance incertaine. Comment seroit-il possible d'y contraindre les substitués qui ne sont pas encore nés, ou qui ne sont point pourvus de tuteur ou curateur ? C'est une Jurisprudence universelle & constante, que le douaire, avant son ouverture, n'est point purgé par le décret *actionem extingui priusquam nasci absurdum est* (*a*) ; d'ailleurs c'est une autre maxime que le décret n'efface toute sorte de droit réel, qu'en tant qu'il est vrai de dire dans tous les temps, & à l'égard de tous les intéressés en la chose décrétée, qu'il a été fait juridiquement *pro debito & super domino*.

A l'égard des substitués sur lesquels la saisie réelle n'a point été ni pu être interposée, & dont le droit n'étoit point alors ouvert ni formé, il est manifeste au contraire que cette saisie a été faite *pro non debito*, *& super non domino* ; elle ne peut donc ni leur préjudicier ni subsister.

Enfin la publication des substitutions en a dû instruire toutes

(*a*) Chopin, sur Paris, liv. 2, tit. 6, n. 19.

parties intéressées au décret ; elles doivent par conséquent s'imputer si elles n'ont pas eu soin de ne faire délivrer qu'à la charge de la substitution, qui quoique non ouverte étoit néanmoins connue ou devoit l'être. Signés, de *Birbisey*, de *La Marre*, *Lantin*, *Bouhier*, *Mairelet*, de *Minot*, *Normand*, *Genreau* & *Thiery*.

DIJON.

Il y a bien des raisons pour dire que le décret ne purge pas les substitutions, le décret des biens substitués est fait *super non domino*, & ceux qui auroient intérêt de s'y opposer ne sont pas en état de le faire, souvent même ils ne sont pas nés.

FLANDRES.

Mais quelques plausibles que soient ces raisons, il y a, pour le ressort du Parlement de Flandres, une Loi qui a adopté l'avis contraire. L'art. XXXIX, de l'Edit perpétuel de 1611, a mis les prohibitions d'aliéner un fidéicommis au nombre des charges qui peuvent être purgées en obtenant des Lettres patentes, en vertu desquelles les acheteurs, après avoir consigné le prix des immeubles qu'ils ont acquis, font appeller, à cri public, tous ceux qui pourroient y prétendre quelque droit, & *Stokmans*, *déc.* 113, rapporte un Jugement du Conseil de Brabant, par lequel des mineurs, qui vouloient révendiquer un bien substitué en leur faveur, ont été déboutés de la restitution qu'ils demandoient contre un décret volontaire fait en la forme prescrite par cet Edit. On a cru qu'il étoit du bien public de donner aux acquéreurs un moyen de se mettre à l'abri de toute incertitude, & que l'espece d'injustice qui en résulteroit en privant quelquefois de leur droit des personnes qui ne sont pas en état de veiller pour se les conserver, seroit avantageusement compensée par l'utilité générale de ceux qui acquierent sous la foi d'un titre émané du Juge.

Nous croyons par les mêmes raisons qu'il est à propos de statuer que les décrets purgent les substitutions. Signés, *Pollinchon*, *Pinault* de *Banneaux*, *Douche* de *Beaulieu*, *Visant* de *Ponange*, *Curpin* de *Calonne*, de *Burges*, *Bissehop*, *J. Vaymel* & *Duparq*.

On ne met pas en doute que le décret à la forme de l'Edit d'Henry II ne purge la substitution lorsqu'elle est échue ; mais il ne purge pas la substitution dont le cas n'est point arrivé. Signés, de *Gramont*, *Marnays*, de *Beauvais*, *Garnier*, *Leusse* de *Costes*, & *Dalmas*.

GRENOBLE.

Nous estimons que le décret ne purge point la substitution,

METZ.

METZ.

mais qu'il feroit à propos que par une Loi nouvelle & générale la fubftitution pût être purgée par le décret. Signés, de *Montholon*, *Pierre* de *Lange*, *Bertrand*, *Mufac*, *Le Goulon* de *Champel*, *Lançon* & *Bonneau*.

PAU.

LES anciens Arrêts de ce Parlement caffoient les décrets faits au préjudice de la fubftitution ; mais ceux qui ont été rendus depuis le réglement de 1637, dont il a été parlé fur la queftion 36, les autorife, à caufe de la liberté que donne ce réglement, à hypothéquer les biens fubftitués jufques à interdiction.

Mais dans les lieux où les biens fubftitués ne peuvent être aliénés ni hypothéqués, nous croyons que le décret ne purge pas la fubftitution, foit qu'il foit fait fur la tête du grevé ou du tiers-acquéreur, pourvu qu'il foit fait pour les dettes de l'héritier ou d'un autre fubftitué, parce que le décret eft fait contre celui qui n'étoit pas le véritable propriétaire, & qui pour ainfi dire n'avoit que la poffeffion *fuper non domino*. Signés, de *Gaubert*, *Cafaux*, *Mignon*, *Dedoat*, *Defclaux*, *Mefplés*, *Bordenave*, *Dejean*, *Lefans*, *Bonnecafe*, *Cafenave*, & de *Cafaux*.

M. DE GAUBERT, premier Président.

C'EST une maxime certaine & prefque généralement reçue, que les décrets ne purgent point les fubftitutions & les fidéicommis.

Mornac, *fur la Loi fed & fi plures* 13, *ff. qui fatifd. cog.* atteste qu'ayant propofé la queftion au pilier des confultations, tous les anciens Avocats atteftèrent, que quoique l'oppofition foit recevable & utile, elle n'eft point néceffaire *ad columnam confultoriam reperio communem effe eam receptiffimam que omnium fententiam ut fatius quidem fit fubftitutum intercedere, licet aperta non dum fuerit fubftitutio; manere tamen fubftitutionis jura integra quamvis nullâ ab eo factâ interceffione res fubftitutioni obnoxia addixerit judex decreto ultimo.* Sur quoi la Loi *Statius Florus* 48, §. *Cornelio Fœlici*, *ff. de jure fifci*, eft alléguée, *quia poffet prius ipfe mori*, le fubftitué pouvant prédécéder l'héritier grevé fur la tête duquel le décret eft fait, fon oppofition feroit fruftratoire & inutile, *fed fi non dum dies fideicommiffi veniffet quia poteft prius ipfe mori, repulfus eft interim.*

Chopin eftime qu'il feroit prudent de faire fa dénonce & oppofition au décret. *Confultitius eft fubftituto intercedere.*

Papon dans fes Arrêts, *liv.* 18, *tit.* 6, *n.* 39, dit que le fubftitué

tué par fidéicommis n'eſt point obligé à s'oppoſer aux fins de diſtraire dans un décret n'ayant point encore droit actuel, mais une ſimple expectative conditionnelle qui peut advenir ou manquer. Il peut ſeulement s'oppoſer aux fins de conſerver & faire dire que l'adjudication ou décret ſera fait à cette charge.

Bretonnier dans ſes utiles & juſtes obſervations ſur *Henrys*, *tom.* 1, *liv.* 4, *queſt.* 19, atteſte que ſur le décret du Marquiſat de Varenes, la veuve & tutrice de ſes enfans s'étant oppoſée au décret, Arrêt du Parlement de Paris du 23 Décembre 1690, que l'adjudication & vente du décret ſeroit faite à la charge de la ſubſtitution le cas advenant.

Ricard, *des ſubſtit. direct. & fidéicom. tr.* 3, *chap.* 13, *part.* 2, *n.* 85, ſoutient que le décret des biens ſujets à reſtitution ne purge point la ſubſtitution, & n'empêcheroit point que le ſubſtitué n'eût droit de revendiquer les biens compris au fidéicommis des mains de l'adjudicataire, la poſſeſſion de l'héritier grevé, des ſubſtitués au premier & au ſecond dégré, &c. étant conditionnelle, incertaine, elle n'a pu ſervir de fondement à des criées, le cas du fidéicommis advenant, les créanciers & adjudicataires devant s'imputer d'avoir pourſuivi le décret *ſuper non Domino*.

Dans le numéro 87, il prétend qu'il faut penſer autrement; quand le décret eſt fait ſur un tiers acquéreur, dans ce cas le décret purge la ſubſtitution; mais dans les nombres ſuivans, il déclare que dans l'uſage cette opinion n'eſt point reçue avec raiſon; il ſeroit aiſé d'enlever les biens aux ſubſtitués; l'héritier ou premier ſubſtitué pourroient vendre les biens à un tiers, & ce tiers feroit paſſer un décret volontaire, qui dans la Juriſprudence du Parlement de Paris purge les hypotheques & les droits de propriété, comme les décrets forcés & de rigueur.

Nous avons une regle dans le droit. *Non valenti agere, non currit preſcriptio*, tirée de la *Loi premiere*, §. 2, *cod. de ann. except.* On ne peut rien imputer à celui qui n'a point en ſa main l'action, étant établi d'ailleurs par les Ordonnances, du moins par celle de Moulins & par les Arrêts, que l'on peut porter avec effet les ſubſtitutions à quatre degrés, outre l'inſtitution, ce qui peut mener à un ſiecle & demi, ou même plus loin. Peut-on rien objecter à des ſubſtitués qui ne ſont point encore *in rerum natura*?

L'Empereur Juſtinien dans la Loi *cum notiſſimi* 7, *cod. de preſcript.* 30 *vel* 40 *annorum*, ordonne qu'à l'égard des actions qui naiſſent des contrats faits ſous condition, ou à jour certain ou

PAU.
M. DE GAUBERT.

incertain, que la prescription de 30 ou 40 ans, commencera seulement après que la conditiou ou le jour indict sera arrivé, *post conditionis exitum, vel post diei certæ vel incertæ lapsum præscriptione 30 vel 40 annorum quæ personalibus vel hypothecariis actionibus opponuntur initium accipiant. Dictâ L. cum notissimi.*

Souvent les substitués sont en bas âge sous la puissance des parens, ou ne sont pas même nés encore, dans lesquels cas ne pouvant agir & s'opposer aux décrets, on ne peut leur rien imputer; d'ailleurs quand les substitués seroient en état d'agir, l'on peut dire qu'ils n'ont nulle qualité, leur droit étant en suspens jusqu'à l'événement du fidéicommis; d'ailleurs ce seroit blesser la bienséance d'agir avant le temps; ce seroit une démarche prématurée qui démontreroit une impatience d'agir. *Induceret votum captandæ mortis hæredis.*

M. Maynard, liv. 8, *chap.* 35; *M. Dolive, liv.* 4, *chap.* 17; *M. Catellan, tom.* 2, *liv.* 7, *chap.* 4, estiment que la Doctrine de *Dumolin* en faveur des tiers-acquéreurs qui peuvent prescrire, *Consil.* 26, *quia potuit substitutus agere ad declarationem fideicommissi*, n'est point reçue dans les Arrêts du Parlement de Toulouse; laquelle opinion de Dumoulin contredit la disposition de la Loi derniere, §. *sin autem cod. commun. de Leg. Sin autem sub conditione vel sub incerta die fuerit relictum legatum universitatis, vel speciale vel substitutione, vel restitutione melius quidem faciet si & in his casibus caveat ab omni venditione vel hypotheca ne se gravioribus oneribus evictionis supponat. Dictâ Leg. ult.* sur laquelle Loi *Godefroy* dit, *res possunt interim alienari sed tantum adveniente casu restitutionis fingitur retro nulla alienatio.*

M. Dolive, dans ses notes, *liv.* 4, *chap.* 17, dit, que le Parlement de Toulouse conformément audit §. *sin autem* annulle les aliénations faites par l'héritier fiduciaire, en telle sorte que l'usucapion ni la prescription ne peuvent être opposées au substitué. *Conditione impleta ab initio causa in irritum devocatur & sic intelligendum est quasi non scripta penitus fuerit celebrata venditio, ut nec usucapio, nec longi temporis præscriptio contra fideicommissarium procedat.*

L'héritier fiduciaire & grevé, est bien personne légitime pour recevoir paiement des dettes comprises dans le fidéicommis, mais non pour aliéner irrévocablement les biens substitués par vente, décret volontaire ou de rigueur, qui ne purgent pas les substitutions.

Nous estimons, appuyés sur les maximes & les raisons indiquées ci-dessus, que le décret ne purge point la substitution.

PAU.

LE décret, suivant l'usage du Parlement de Toulouse, ne purge point la substitution, sur-tout celle dont le cas n'est point encore échu ; il ne paroît point juste de dépouiller un substitué de la propriété des biens par le décret lors duquel il n'a point été appellé (*a*). Il faut néanmoins excepter le cas dans lequel le décret a été poursuivi pour le paiement des dettes de celui qui a fait la substitution, parce qu'il n'y a des biens qu'après la distraction des dettes. Au surplus, il faut encore supposer que ce cas ne peut avoir lieu que quand la substitution a été publiée & insinuée, conformément à la disposition de l'Ordonnance de Moulins confirmée & renouvellée par celle de la Déclaration de 1712, sans quoi la substitution étant nulle & de nul effet à l'égard des créanciers & des tiers-acquéreurs, le substitué n'auroit aucun droit d'attaquer le décret, parce que le Décrétiste étant tiers-acquéreur, & en vertu d'une vente judiciaire, seroit fondé a opposer au substitué le défaut d'insinuation & de publication de la substitution. Signés, le *Président Daspe*, *Comere* de *La Bastide*, *Pegueyroles*, *Bastard*, de *Catellan-Lamasquere*, *Azemar*, *Cassand*, *Aymar*, *Caussade*, de *Celés*, *Parasa*, *Daspe* de *Meilhan*, & *Le Masuyer*.

TOULOUSE.

POUR peu qu'on soit instruit des moindres principes & même de la simple pratique du Palais, on répondra sans hésiter que le décret ne purge point les substitutions.

PARIS. M. le Procureur Général.

Ce principe ne dérive peut-être pas réellement de ce que le décret sur un grevé n'est pas fait sur le véritable propriétaire ; car le grevé l'est à la charge de restitution, mais sur ce que le droit de ceux qui sont appellés n'étant pas ouvert, eux-même souvent n'étant point nés, ils ne peuvent agir, & que *contra non valentem agere non currit prescriptio*.

Cette décision suppose que le décret ne soit point interposé pour les dettes de l'auteur de la substitution, & qui y seroient antérieures, parce que la substitution n'a pu faire tort aux créan-

(*a*) *Leg. eum solidum de Legat. 3°. Leg. subsignatum, ff. de regul. jur.*

PARIS.

ciers qui avoient un droit acquis avant que la ſubſtitution ait été formée. & publiée. Il y auroit des cas à la vérité ou l'héritier *ab inteſtat* ſe trouvant grevé, pourroit refuſer le paiement des dettes du défunt, afin de faire décréter les biens ſubſtitués ; mais cette fraude ne paroît pas devoir être l'objet d'une Loi. La fraude forme toujours une exception de droit, & même en cas de fraude le premier appellé à la ſubſtitution auroit un recours légitime contre l'inſtitué grevé, qui, chargé comme héritier d'acquitter les dettes & ayant des biens libres, auroit ſouffert le décret des biens ſubſtitués.

Il eſt encore évident, que cette déciſion ſuppoſe une ſubſtitution qui ne ſoit pas ouverte ; ſi elle a été ouverte avant l'adjudication, celui qui avoit droit de la recueillir a pu s'oppoſer. Le décret auroit donc purgé à ſon égard, ſauf le droit de celui qui ſe trouveroit recueillir dans un degré ultérieur qui pourroit le cas échéant revendiquer le fidéicommis : avec ces conditions toute juſtice eſt remplie ; le droit des ſubſtitués eſt conſervé ſans que l'adjudicataire puiſſe ſe plaindre, puiſqu'il a pu conſulter le regiſtre des publications des ſubſtitutions qui lui auroient indiqué que les biens étoient chargés d'un fidéicommis ; auſſi la formalité de la publication accomplie eſt encore une condition de cette déciſion.

Cette déciſion générale ne peut ſouffrir de doute que par rapport à quelques Provinces, dans leſquelles les décrets n'ont point de lieu, & par rapport à celles où la formalité de la publication des ſubſtitutions eſt reçue.

Dans le premier cas eſt la Provence. La queſtion ne peut y avoir lieu, & par cette raiſon il n'eſt point néceſſaire de former une exception.

Dans le ſecond, ſont les Parlemens de Pau, la Provence & le Dauphiné, l'Alſace, le Rouſſillon & la Franche-Comté.

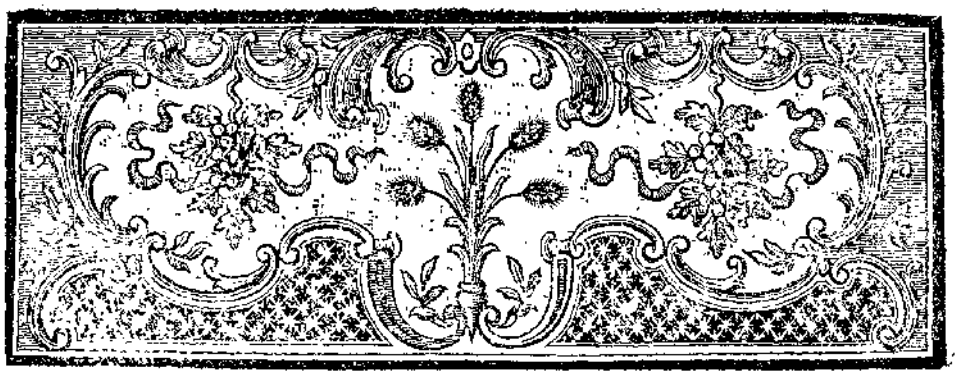
L'Ordonnance de Moulins n'a point été enrégiſtrée dans quelques-uns, dans d'autres elle n'a eu aucune exécution, ce qui opere le même effet; il eſt vrai, que ſoit par la Déclaration de 1690, ſoit enfin par celle de 1712, la publication y eſt devenue abſolument néceſſaire.

On ne peut donc rien propoſer contre la déciſion de la queſtion pour toutes les ſubſtitutions faites depuis 1712, & même pour celles faites antérieurement, ſi les décrets ont été faits depuis, parce que la Déclaration veut que les ſubſtitutions, même antérieures à la Déclaration, ſoient publiées.

Il n'y auroit de doute que sur les décrets faits avant la Déclaration, sur quoi on pourroit se réserver d'y pourvoir suivant l'usage qui s'observoit alors, mais on n'a pas cru même que cette réserve fût nécessaire.

On n'a pas cru que les Réglemens particuliers du Parlement de Pau, puissent changer à cet égard la décision : le décret ne purgeoit point avant 1637. Par un réglement de cette année, on a permis de décréter les biens substitués; mais malgré les doutes qu'on forme pour savoir si la Déclaration de 1712 a révoqué le Réglement de 1637, il est difficile de ne pas décider pour la révocation; il faudroit même le décider, s'il restoit quelque doute sur ce sujet; cet usage particulier ne doit donc entrer en aucune considération. L'usage du Parlement de Flandres est le seul qui pourroit exciter quelque attention, parce qu'il est fondé sur une Loi expresse. Plusieurs ont cru que cet usage ne devoit pas balancer l'avantage d'une Loi uniforme qui est sujette à moins d'inconvénient que les formalités établies par l'Edit perpétuel, & qui semble devenir inutile par la formalité de la publication. Plusieurs autres ont cru dangereux d'abolir une Loi aussi précise, on s'est réuni à n'en point parler. On n'a pas cru, au reste, que la circonstance du décret fait sur le grevé, ou sur un tiers-possesseur, puisse former la moindre difficulté dans la décision.

Ainsi, on a estimé que le décret ne purgeoit point la substitution duement publiée contre celui dont le droit n'étoit pas ouvert, si ce n'est que le décret ne fût interposé pour causes antérieures à la publication de la substitution.



EXTRAIT

FAIT PAR MONSIEUR

LE CHANCELIER DAGUESSEAU,

CONCERNANT les Questions envoyées à tous les Parlemens & Conseils Supérieurs, sur les Substitutions fidéicommissaires.

PREMIERE QUESTION.

SI la disposition de l'Art. CXXV de l'Ordonnance de 1629, touchant la substitution des choses mobiliaires, doit être abrogée dans les Pays où elle a eu lieu jusqu'à présent, ou si elle doit être étendue aux Provinces où elle n'a point été observée ?

DROIT CIVIL.

IL n'est pas douteux que les fidéicommis pouvoient ne comprendre que des choses mobiliaires, *& etiam ea quæ usu consumebantur. Potest quis etiam singulas res per fideicommissum relinquere, veluti fundum, argentum, hominem vestem & pecuniam numeratam. Instit. de singul. reb. per fideicommissa relictis in princip. Senatus censuit ut omnium rerum quas in cujusque patrimonio esse constaret ususfructus legari posset. Quo*

Senatus Consulto inductum videtur ut earum rerum quæ usu tolluntur vel minuuntur possit ususfructus legari. L. 1, aliisque passim toto titulo, ff. de usufructu earum rerum quæ usu consumuntur inde argumentum ductum ad fideicommissa quibus qui oneratus est fructuarii vicem quodam modo sustinet. Licet alio respectu etiam pro domino habeatur. V. L. §. 2.

Usufructuarius quem admodum caveat si pecuniæ aut alterius rei quæ usu consumitur ususfructus legatus sit? Cavet fructuarius secum morietur sive capite minutus fuerit tantumdem redditurum. Si vestis aut alterius supellectilis usus legatus sit cavetur finito usufructu vestem reddi quod ita tamen procedit ut promissor non obligetur, si vestem. Sine dolo malo adtritam reddiderit. Leg. 7, §. 1, & leg. 9, §. 3, *ff. ususfructu quem admod. caveat.*

Ainsi d'un côté les principes & l'autorité du droit civil pour permettre la substitution des choses mobiliaires, de l'autre l'autorité de l'Ordonnance de 1629 pour la défendre.

RAISONS POUR LA LIBERTÉ ASSURÉE PAR LE DROIT CIVIL.

1°. POURQUOI priver ceux qui n'ont que d'effets mobiliers, & dont la fortune consiste principalement dans ce genre de biens, comme les entrepreneurs des manufactures, les négocians, les financiers, d'une liberté qui est de droit commun, & du pouvoir de prendre une précaution innocente & souvent salutaire contre la dissipation des héritiers? Dans les familles même qui ont des immeubles, les offices & autres immeubles fictifs sont un objet considérable qui tend toujours à devenir un effet mobilier; & seroit-il juste d'ôter à un pere de famille la liberté de pourvoir, par une substitution, à la conservation des biens de cette nature? Tous les citoyens sont également chers à la Loi, également l'objet de sa prévoyance, de quelque genre que soient leurs biens.

2°. Le terme *des choses mobiliaires* est très-équivoque, & peut devenir une source de procès, par les différentes interprétations dont il est susceptible.

Dans le Droit écrit on distingue trois sortes de biens : immeubles, meubles, droits, noms, actions, *quæ in jure consistunt & ideo inter res incorporales habentur magnique interdum momenti sunt.*

Dans le Droit coutumier tout est immobilier ou mobilier, parce que les actions mêmes se mettent dans l'une ou l'autre de ces deux classes, selon qu'elles tendent au meuble ou à l'immeuble.

De

De là l'introduction de ces clauſes, imaginées ſeulement dans le pays coutumier, pour réaliſer les choſes mobiliaires & en affecter la poſſeſſion aux familles ſous le nom de propres.

On en forme par-là une eſpece de ſubſtitution. Pourquoi envieroit-on aux pays du Droit écrit, qui ignorent l'uſage de ces clauſes, la faculté de tendre au même but par la voie des ſubſtitutions, la ſeule qui puiſſe y ſuppléer?

Le Parlement de Dijon même, quoique attaché à l'Ordonnance de 1629, a été obligé d'autoriſer les ſubſtitutions d'argent comptant. C'eſt, dit-il, parce qu'avec de l'argent on achete tous les fonds; mais n'en eſt-il pas de même de toutes les choſes mobiliaires qui ſe convertiſſent en argent?

3°. Le deſir de prévenir les procès n'eſt pas une raiſon déciſive: les ſubſtitutions d'effets mobiliers n'en produiſent pas plus que celles des immeubles, l'expédient de la caution autoriſée par le Droit Romain, ou de l'emploi du prix des choſes mobiliaires ſubſtituées remédiera pleinement à cet inconvénient.

RAISONS POUR LA DÉFENSE PORTÉE PAR L'ORDONNANCE DE 1629.

1°. Les ſubſtitutions n'ont que deux objets favorables.

L'un de ſoutenir les grandes maiſons: l'autre de prévenir la diſſipation des héritiers, & ces deux objets ne ſe trouvent véritablement que dans la ſubſtitution des immeubles.

Ce n'eſt point par des ſubſtitutions des choſes mobiliaires qu'on aſſure la durée des grandes maiſons. Elles peuvent, à la vérité, lier les mains d'un fils diſſipateur; mais l'infidélité ou la fraude des inventaires, la liberté de vendre des effets qui n'ont point de ſuite, ou de recevoir des rembourſemens, ou de diſſiper ce que l'on reçoit, enfin le dépériſſement preſque inévitable de ces ſortes de biens, rendent la précaution de les ſubſtituer inutile, ou elles en font la ſource d'une infinité de procès. Tout ſe réduit à un recours ſouvent infructueux, ce qui ne ſert qu'à ruiner les créanciers poſtérieurs à la ſubſtitution, ou bien il faut établir un curateur à chaque ſubſtitution, & en faire dépendre la ſûreté de ſa vigilence ou de ſa fidélité.

Toutes ces réflexions s'appliquent encore plus à des fonds de manufactures.

2°. Comprendre les choſes mobiliaires dans une ſubſtitution,

c'eſt ôter toute reſſource au grevé pour acheter une charge, un régiment, & pour faire ſa fortune ſelon ſon état.

3°. Si les ſubſtitutions ſont ordinairement la cauſe d'une banqueroute qui eſt comme ſubſtituée, ou qui ſe renouvelle à chaque degré, un effet ſi odieux eſt encore plus attaché à celles qui comprennent les meubles mêmes.

Peut-être par cette raiſon ſeroit-il bon d'exclure des ſubſtitutions tous immeubles fictifs, comme les offices & les rentes conſtituées, & en un mot tout bien qui peut changer de nature ſans le conſentement du propriétaire, à cauſe de l'incertitude de l'inſuffiſance des remplois, ſource continuelle de conteſtations, & de pourvoir ſeulement à la diſſipation d'un fils par la précaution marquée par la Loi 16, §. *potuit tamen pater* 2°, *ff. de curator. furios aliis extr. minor. dandis*, c'eſt-à-dire par ce qu'on appelle une exhérédation officieuſe.

4°. Si l'art. CXXV, de l'Ordonnance de 1629, n'a pas eu d'exécution dans la plus grande partie du Royaume, ce n'eſt pas la diſpoſition particuliere, c'eſt la malheureuſe deſtinée de cette Ordonnance en général qui en a été cauſe; & ſi le plus grand nombre des Parlemens réclament contre la penſée de rétablir cette diſpoſition, c'eſt par un excès de prévention pour l'autorité ſuprême du teſtateur, & pour la liberté indéfinie des ſubſtitutions.

JURISPRUDENCE DES PARLEMENS ET LEUR AVIS.

POUR faire obſerver l'art. CXXV, de l'Ordonnance de 1629, dans les lieux où elle eſt reçue, & l'étendre aux autres Provinces du Royaume, *Metz*, *Dijon* (avec l'exception de l'argent comptant) *Beſançon*, quoique ſa Juriſprudence ait été contraire juſqu'à préſent.

Pour établir la liberté naturelle dans les lieux même où elle a été reſtreinte par l'Ordonnance de 1629.

Aix (qui n'a point enrégiſtré l'Ordonnance de 1629) *Pau*, *Toulouſe*, *Bordeaux*, *Grenoble*, qui ont enrégiſtré cette Ordonnance, mais avec des modifications ſur l'art. CXXV, *Alſace*, *Rouſſillon*.

Rennes & *Rouen* n'ont rien envoyé ſur les ſubſtitutions.

Paris, après une longue & profonde diſcuſſion, les ſuffrages ſe ſont partagés en trois avis.

Le premier, de ne borner les fidéicommis ou les ſubſtitutions à aucune ſorte de biens.

Le ſecond, de ne point les autoriſer pour les choſes purement mobiliaires, en les autoriſant néanmoins pour les immeubles fictifs, offices ou rentes, même dans les lieux où elles ſont réputées mobiliaires.

Le troiſieme, d'autoriſer les fidéicommis, même à l'égard de tout mobilier, lors ſeulement que le ſubſtituant en auroit ordonné l'emploi par l'acte qui contient la ſubſtitution.

SECONDE QUESTION.

Si l'on prenoit le parti d'étendre la diſpoſition de l'Article CXXV de l'Ordonnance de 1629 à une Province où elle n'a pas été obſervée, faudroit-il en excepter de la regle générale, non-ſeulement les donations ou le legs des meubles précieux à l'exemple de l'Ordonnance de 1629, mais encore les diſpoſitions qui comprennent l'univerſalité des meubles ?

MEUBLES PRÉCIEUX.

LA queſtion n'a pu être prévue par le droit civil, parce que la regle contraire à celle de l'Ordonnance de 1629 y étoit établie ſans difficulté. On ne pouvoit donc pas imaginer l'exception dont il s'agit. Il y a néanmoins quelque choſe dans le Droit Romain qui a rapport à cette exception. C'eſt la défenſe d'aliéner les meubles précieux des mineurs, *ſine decreto prætoris : Vide leg. 22, cod. de adminiſtrationibus tutor.* d'où Denis Godefroy a tiré cette regle. *Mobilia pretioſa immobilibus comparantur. Hinc etiam Molineus, mercator aliq. non ſpernandæ autoritatis Juriſconſulti adverſus Cujacii ſententiam (obſerv. 16 18.) collegerunt Beneficium. L. 2, cod. de reſcind. vendit. ad alienationem rerum mobilium pretioſorum porrigendum eſſe.* Et c'eſt ce qui a donné lieu au premier Préſident Lizet, ſavant Juriſconſulte, ce Réformateur de la coutume de Berry, d'y mettre, (tit. 2, art. 33,) que la reſciſion pour léſion d'outre moitié du juſte prix auroit lieu dans la vente des pierres précieuſes, &c.... *Brodeau* eſt d'avis contraire dans ſa Note ſur cet article, & dans ſon Commentaire ſur

l'art. 144 de la coutume de Paris. Cependant il y a lieu de croire que l'exception portée par l'Article CXXV de l'Ordonnance de 1629, est fondée sur le même principe que la disposition de la coutume de Berry.

JURISPRUDENCE DES PARLEMENS SUR LES MEUBLES PRÉCIEUX.

TOUS ceux qui sont d'avis de continuer d'autoriser les substitutions des choses mobiliaires, sont d'avis à plus forte raison de conserver au moins l'exception marquée par l'Ordonnance de 1629, si l'on adopte le reste de l'Art. CXXV; mais aucune, si ce n'est Besançon, ne croit qu'il faille se départir de la regle générale qui est pour la liberté.

Entre ceux qui voudroient exclure les meubles des substitutions, *Dijon*, *Metz*, *Flandres*, sont pour l'exception des meubles précieux.

Besançon seul ne donne aucune borne à la nouvelle regle qu'il propose d'établir pour n'admettre que les immeubles dans les substitutions.

Paris, en supposant l'exclusion du fidéicommis dans les choses mobiliaires, s'est trouvé partagé entre plusieurs avis.

1°. Conserver la faculté de substituer les meubles précieux dans le premier degré.

2°. La restreindre sans distinction des degrés aux bestiaux étant dans les terres & aux meubles des châteaux.

Le plus grand nombre est pour ne pas excepter les meubles précieux, par la difficulté de déterminer précisément la qualité des meubles précieux, & pour ôter une source de procès.

UNIVERSALITÉ DES MEUBLES.

Si res singulæ licet mobiles fideicommisso onerari poterant, quanto magis universitas rerum mobilium. Ainsi nul doute sur ce point dans le Droit civil.

JURISPRUDENCE DES PARLEMENS.

TOUS ceux qui s'attachent au Droit civil sur la premiere question, sont sans doute de l'avis de l'exception proposée. Mais à

l'égard de ceux qui sont favorables à l'exclusion, leurs sentimens sont fort différens sur l'exception.

Dijon & Besançon se réunissent pour la rejetter. *Metz & Flandres* pour l'admettre.

Deux grandes raisons pour ce dernier sentiment.

L'une que, *mobilium universitas sæpius in jure tam civili quam gallico rebus immobilibus æquiparatur.*

L'autre, que sans cela, ceux dont toute la fortune, ou presque toute consiste en effets mobiliers, seroient privés de la faculté d'assurer la conservation de leur patrimoine à leur postérité.

On répond de l'autre côté, que ces inconvéniens ne sont pas comparables à la difficulté des remplois pendant la durée de plusieurs degrés de substitution, & aux procès qui en peuvent naître, outre que tout ce qui est mobilier n'est point l'objet naturel d'une substitution, & que ce doit être la nature des choses qui en décide, sans avoir égard au plus ou au moins.

Paris s'est trouvé presque partagé sur cette question. Avis singuliers, tels que sur celle des meubles précieux. Et enfin tout se réduit à deux opinions.

L'une, d'exclure indéfiniment le cas même de l'universalité des meubles, supposé qu'on revienne à l'Ordonnance de 1629.

L'autre, de n'autoriser la substitution de l'universalité des meubles, que dans le cas où le substituant en auroit ordonné la vente & l'emploi en fonds.

TROISIEME QUESTION.

Si dans les Parlemens où l'Ordonnance de 1629 est observée on suit la disposition de cette Ordonnance, qui défend aux personnes rustiques de faire des substitutions, & s'il convient d'en faire une Loi générale ?

DROIT CIVIL.

LA distinction que l'Ordonnance de 1629 avoit voulu introduire est inconnue dans le Droit civil : on y a au contraire favorisé les rustiques plus que les autres par des privileges qui

les dispensent de certaines formalités. Aucune Loi, aucun Jurisconsulte n'a pensé à restreindre leur liberté dans le pouvoir de tester.

Les raisons pour & contre sont aisées à comprendre.

L'Ordonnance de 1629 a déclaré elle-même son motif par ces termes. *Personnes rustiques, qui vraisemblablement n'entendent in la nature ni l'effet des substitutions.*

A quoi l'on peut ajouter, que le principal objet des substitutions étant la conservation des maisons considérables, on les avilit, on les dégrade, on les fait dégénérer en une espece de roture, quand on permet l'usage aux rustiques de ce qui devoit être réservé aux familles nobles ou vivant noblement.

Mais on peut dire que tous les citoyens sont également l'objet de la Loi, & que si l'on exceptoit les rustiques, il faudroit par la même raison excepter aussi les femmes, les soldats, les personnes illitérées : que les roturiers ou *les rustiques* n'ont pas moins d'affection que les nobles pour leurs biens & pour leurs descendans ; que ce sentiment inspiré par la nature est trop juste pour être restreint par la Loi. Enfin, que la qualité des *rustiques* est si équivoque, si variable, si susceptible de *distinction* & *d'exceptions*, qu'il en naîtroit autant de procès qu'il y auroit des testamens.

JURISPRUDENCE DES PARLEMENS.

TOUS, à l'exception d'un seul, ont ignoré ou méprisé la distinction faite contre les rustiques par l'Ordonnance de 1629. Ce qui a eu lieu même dans les Parlemens où cette Ordonnance a été enrégistrée.

Le seul Parlement de Dijon a suivi cette Loi, mais avec une distinction qui détruit la Jurisprudence : il condamne la substitution faite par un laboureur, pendant qu'il autorise celle qui est faite par un menuisier, sous prétexte que ce menuisier demeuroit dans une ville, & si ce laboureur même a son habitation dans une ville, la substitution qu'il fait est confirmée, comme si le conseil manquoit plus à ceux qui, quoique demeurans à la campagne peuvent venir à la ville, qu'à ceux qui y demeurent habituellement.

Sur la question qui consiste à savoir, s'il convient de faire une Loi générale sur ce point,

Tous les Parlemens, à la réserve de *Dijon* & de *Besançon*, sont d'avis de suivre ce droit commun à l'égard des rustiques.

Dijon, attaché à sa Jurisprudence, veut qu'on la confirme, en y ajoutant l'exception qu'il a établie en faveur des laboureurs artisans qui font leur demeure dans les villes.

Besançon entre plus dans l'esprit général des substitutions, quand il propose non d'excepter les rustiques, mais de fixer l'état ou la qualité de ceux qui pourront faire des substitutions, en ordonnant que ce droit sera réservé aux seuls nobles, ou aux personnes revêtues d'offices dans les Cours supérieures, ou de charges militaires.

Il s'autorise par les nouvelles Ordonnances du Roi de Sardaigne, où il est dit, liv. 2, tit. 2, L. 5, pag. 256, que les bourgeois, même les docteurs en Droit, ne pourront faire des fidéicommis.

Il ajoute deux explications.

L'une, que ceux qui auront le droit de faire des substitutions, ne pourront en user qu'en faveur des personnes de la même qualité.

L'autre, que ceux même qui en seront exclus, pourront néanmoins être admis, en disposant de leurs biens en faveur des personnes nobles ou décorées de dignité.

Paris se joint à la pluralité, & après avoir loué la vue de Besançon, il remarque, avec raison, qu'elle donneroit lieu à beaucoup de difficultés & d'inconvéniens, outre que d'ailleurs elle seroit mal reçue dans les pays où les substitutions sont favorables, & dans ceux où elles ne le sont pas; ainsi il préfere à une perfection spéculative, une décision plus sûre & plus simple dans la pratique.

Il pourroit ajouter qu'une pareille Loi ne seroit avantageuse qu'à la finance, qui ne manqueroit pas dans la suite de vendre aux bourgeois & aux autres incapables le pouvoir de faire des substitutions à l'occasion de création de charges nouvelles, ou sous d'autres prétextes.

QUATRIEME QUESTION.

Si le fidéicommis contractuel est revocable, lorsqu'il a été accepté par le premier substitué, & s'il y a des distinctions à faire à cet égard, soit entre le fidéicommis apposé à une donation, & celui qui est apposé à une institution contractuelle, soit entre les nobles & les roturiers ?

Quid. *Si le substitué a été seulement présent à l'Acte sans aucune acceptation expresse & formelle de sa part ?*

PREMIERE PARTIE DE LA QUESTION.

Si le fidéicommis contractuel est revocable, lorsqu'il a été accepté par le premier substitué ?

DROIT CIVIL.

LES principes rigoureux de ce droit ne permettent pas d'y agiter cette question. *Nemo poterat legem sibi dicere, ut à priori voluntate recedere non liceret, nec contrahendo testandi facultatem sibi præcipere, paulatim tamen mitigari cœpit veteris juris severitas, ita ut donationes, etiaminter vivos factâ testamentorum leges quodam modo imitarentur. Vide Leg. 1a. Leg. 3a. Cod. de condict. ob caus. dator. & tot. tit. cod. de donat. quæ sub modo, &c...*

Ac primo quidem placuit, ut si donator eam legem donatario dixisset, ut res donatas vel sibi vel etiam alteri post certum vel incertum tempus aut certæ conditionis eventum restitueret, lege placiti non impleta conditione actio donatori competeret ejusve hæredibus, leg. 3, cod. eod. tit. & leg. 37, §. 3o. ff. de leg. 3o.

2o. Benigna juris interpretatione divi principes (id est divi fratres,) ei qui stipulatus non sit, utilem actionem juxta donatoris voluntatem competere admiserunt, dictâ leg. 3a. cod. eod. tit. quod sane præter strictam juris antiqui regulam introductum est, quæ omnino non sinebat ut alteri stipulari aut pascisci fas esset idque satis indicant legis verba quæ pristinum jus hac in parte emoluit, ei qui non stipulatus esset, utilem actionem competere, nempè rei qui

qui res à donatario restituenda erat merito igitur dict. Gotofr. hic notat, speciale esse in donationum contractu ut alteri per alterum quæratur actio. Inde sequi videtur.

1°. *Eum perinde haberi ac si revera stipulatus fuisset, utilis enim actio, non minus illi prodest quam directa.*

2°. *Cum juxtà legem 4, cod. eod. tit. perfecta semel donatio conditiones postea non capiat, & multo minus revocari possit; consequens etiam esse videtur ut fideicommissum donationi quodammodo adjectum mutatione voluntatis adimi non possit, saltem novo jure. Idque multo magis locum haberet in terminis propositæ questionis in qua ponitur fideicommissum ab eo acceptatum fuisse, cui res donata restituenda sit.*

Dubium tamen adhuc sub esse videtur in hac parte quod nescio an prædictis legibus omnino solvi possit.

Nempè, ut jam dixi, in iis donationibus voluntas donatoris maxime dominatur, nec minus quam in testamentis quorum jura & factum quodammodo sequi videntur; ideoque quandiu voluntas donatoris immota præstat, non minus donatori quam ei cui stipulatus videtur esse, cuique res donata restituenda est, actio accommodatur æquitate juris & juxta donatoris voluntatem quæ in hac parte pro lege habetur, sed si donatorem prioris voluntatis peniteat, totum hoc negotium quod sua voluntate constabat, non ne contraria voluntate solvetur? Adeo ut donationes quæ ad exemplum testamentorum efformatæ sunt, saltem quantum ad restitutionis stipulationem non minus mutari aut revocari possint, quam testamenta: quod etiam tristis illis regulis juris confirmari potest: eadem esse debet ratio, damni & emolumenti & æquum est, ut quem cujusque rei sequuntur commoda eum sequantur & incommoda. Denique quod præter juris rationem introductum est, non debet produci ad consequentias.

Ergò si vera juris civilis principia sequimur distinctio adhibenda est stante donatione & donatore in eadem sententia perseverante fideicommissario aut ei qui fideicommissarii societatem sustinet, actio ex donatione competit, licet fideicommissum nunquam acceptaverit.

Vide Ricard, des substitutions, tit. 3, chap. 4, part. 1, n. 137 & suivantes. Qui dit » qu'il n'y a pas de doute que le fidéicom-»mis ne subsistant pas à l'égard du substitué qui n'a pas été partie »dans le contrat en qualité de donation entre-vifs, mais comme »une condition inhérente à la disposition faite en faveur du pre-»mier donataire,..... il demeure révocable par le donateur, *nisi donatarii interfit puta si liberi ejus essent substituti.* C'est aussi l'avis

de Ricard au même lieu, pourvu que l'intention du donateur & du donataire ait été que le substitué fût employé comme acceptant dansle contrat. *Secùs*, s'il acceptoit après coup & séparément sans la participation des parties principales.

SECONDE PARTIE DE LA QUESTION.

Et s'il y a des distinctions à faire à cet égard soit entre le fidéicommis apposé à une donation, & celui qui est apposé à une institution contractuelle, soit entre les nobles & les roturiers?

Comme la question qui a été envoyée au Parlement n'a pas été posée d'une maniere assez générale, & qu'on la trop restreinte au cas singulier de l'acceptation faite par le premier substitué, on y a suppléé en agitant les questions générales, qui sont comme les préliminaires de celle qui a été proposée.

Premiere question générale. Le fidéicommis contractuel est-il révocable par sa nature?

Seconde question générale. Doit-on distinguer dans cette matiere le cas des institutions contractuelles de celui des donations entre-vifs portées par un contrat de mariage, & celui des donations faites par contrat de mariage de celui des donations qui seroient faites par d'autres actes?

Troisieme question générale. Y a-t-il quelques distinctions à faire entre les nobles & les roturiers?

Quatrieme question générale. En décidant pour l'irrévocabilité, faut-il excepter le cas où le donataire & le donateur concourroient d'un commun consentement à anéantir la donation?

Et faut-il en ce cas qu'ils ne laissent rien subsister dans l'acte; ou peuvent-ils diviser la révocation en ne détruisant que la charge du fidéicommis sans donner atteinte à la donation?

PREMIERE QUESTION GÉNÉRALE.

Le fidéicommis contractuel est-il révocable par sa nature?

Toulouse le croit ainsi, puisqu'il ne juge ce fidéicommis irrévocable que quand la donation est faite par contrat de mariage; hors de ce cas, le donataire ne peut à la vérité s'affranchir de la charge du fidéicommis, mais le donateur demeure le maître de le révoquer.

Grenoble ſemble penſer de même, puiſqu'il ne regarde le fidéicommis comme irrévocable que quand il a été accepté par le ſubſtitué, ou du moins lorſqu'il a été préſent à l'acte de donation : mais peut-être ce Parlement s'eſt-il contenté de répondre à la queſtion telle qu'elle étoit propoſée, ſans remonter au principe général ; il dit d'ailleurs que la difficulté ne s'eſt jamais préſentée dans ce Tribunal.

Bordeaux pour l'irrévocabilité, ſi ce n'eſt *mutuo conſenſu*, & lorſque le ſubſtitué n'a pas accepté formellement la ſubſtitution.

Aix preſque comme Grenoble réſout de la même maniere la queſtion, telle qu'elle a été propoſée ; c'eſt-à-dire, dans le cas de l'acceptation faite par le ſubſtitué ; hors de ce cas il diſtingue ſi l'inſtitution eſt faite par un contrat de mariage, avec ſubſtitution au profit d'un des contractans ou des enfans à naître, le fidéicommis eſt irrévocable, *ſecùs*, ſi c'eſt un étranger qui a été ſubſtitué.

Pau pour l'irrévocabilité en deux cas, 1°. S'il s'agit d'une inſtitution par contrat de mariage, avec ſubſtitution en faveur de ceux qui naîtront. 2°. Si le ſubſtitué étranger a accepté expreſſément ; donc le fidéicommis en général eſt réputé révocable dans ce Parlement.

Alſace paroît être pour l'irrévocabilité, lorſqu'il y a une acceptation formelle, ou une ſimple préſence du ſubſtitué au contrat de mariage ; il ne s'explique point ſur la queſtion générale.

Rouſſillon, *idem*.

Beſançon & Metz, de même pour l'irrévocabilité ; dans le cas de l'acceptation, ils ne font aucune diſtinction, & ne traitent point la queſtion générale.

Dijon pour l'irrévocabilité, mais ſeulement dans le cas d'une donation entre-vifs, quand le fidéicommis eſt accepté, ou lorſqu'une inſtitution contractuelle eſt chargée de ſubſtitution en faveur des enfans & deſcendans ; donc pour la révocabilité de droit.

Flandres pour la révocabilité abſolue, à l'exception ſeulement du fidéicommis appoſé à une inſtitution contractuelle en faveur des contractans ou de leurs enfans.

Paris, on ne voit pas trop quelle étoit ſon ancienne Juriſprudence, & il paroît, par ce que dit Ricard, que les Auteurs de ce pays-ci regardent la révocabilité comme de droit commun. Aujourd'hui le Parlement de Paris paroît adopter le ſentiment de l'irrévocabilité.

De onze Parlemens ou Conseils, neuf regardent ou paroissent regarder la révocabilité comme de droit commun, & l'irrévocabilité dans les cas ci-dessus marqués comme une exception, *favore contractus matrimonii aut acceptationis fideicommissi voluntate donatoris factæ.*

Faut-il y joindre *Besançon* & *Metz* qui ne s'expliquent que sur le cas de l'acceptation ? Cela paroît plus vraisemblable.

Paris est donc le seul qui se déclare à présent pour l'irrévocabilité indéfinie, & sans aucune distinction.

La raison qui le détermine se tire uniquement de la décision contenue dans l'Art. XI de l'Ordonnance sur les donations. *Quem vide.*

Suivant cet article, l'acceptation faite par le donataire équipolle à l'acceptation qui seroit faite par les substitués : or toute donation valablement acceptée par les donataires est irrévocable; donc elle l'est même par rapport aux substitués.

Pour examiner si ce raisonnement est aussi solide qu'il est spécieux, il faut distinguer deux choses dans les donations, & voir quelle est celle qui a été l'objet de l'Ordonnance du mois de Février 1731.

L'une est ce qui appartient à la solemnité des donations, & qui en assure la validité.

L'autre est ce qui regarde leur durée; c'est-à-dire, leur stabilité ou leur mutabilité.

De ces deux points, le premier a été le seul objet de toutes les dispositions de l'Ordonnance des donations sur l'acceptation, qui est tellement de l'essence des donations entre-vifs, que rien n'y peut suppléer suivant la même Ordonnance.

L'Art. XI dont il s'agit, est compris dans le nombre des dispositions qu'il faut réunir dans cette vue, & quel est l'objet de cet Article.

On avoit décidé dans les articles précédens, que l'acceptation expresse étoit nécessaire, & l'on n'avoit excepté de cette regle que les donations faites dans un contrat de mariage, où l'engagement principal que l'on contracte renferme une acceptation générale & suffisante de toutes les dispositions du contrat.

Mais il se présentoit une difficulté à décider sur les donations faites à ceux qui n'étoient pas encore nés ou chargés de substitution en leur faveur ; seront-elles valables sans acceptation, ou le premier donataire, le donataire direct, seroit-il censé accepter,

tant pour lui que pour les ſubſtitués, comme leur Procureur établi par la Loi, & ſon acceptation ſuffira-t-elle pour la validité de la donation, même à l'égard des ſubſtitués ? C'étoit la queſtion qu'on avoit à décider ? On s'eſt déterminé pour le ſecond parti ; mais tout ce qui en réſulte eſt que l'acceptation du premier donataire eſt valable, même pour les ſeconds, que l'acte a toute ſa forme, & qu'il ne lui manque rien du côté de la ſolemnité.

S'enſuit-il de là, que parce qu'une donation entre-vifs légitimement acceptée eſt irrévocable, la ſubſtitution appoſée à cette donation ſera auſſi regardée de la même maniere, ſous prétexte qu'elle peut être conſidérée comme une donation faite aux ſubſtitués, & acceptée pour eux par le premier donataire ?

C'eſt une queſtion qui n'a pas été prévue dans le temps de l'Ordonnance des donations, & qui appartient au ſecond point qu'on a diſtingué d'abord, c'eſt-à-dire, à ce qui regarde la durée, la ſtabilité ou la mutabilité des donations ; voilà ce qui n'a point été réglé par l'Ordonnance de 1731, ce qui dépend de ſavoir s'il n'y a point de cas où une donation quoique valable & revêtue de ſa forme eſſentielle peut être révoquée.

L'Ordonnance même de 1731 en fournit un exemple dans la révocation des donations entre-vifs *par la ſurvenance des enfans* ; les donations qui ſont révoquées par cet événement ont eu toute leur force, toute leur validité dans le temps qu'elles ont été faites ; cependant elles n'en ſont pas moins révoquées par la ſurvenance des enfans.

Et pourquoi le ſont-elles *ex præſumpta mente donatoris ?* On préſume qu'il n'auroit point donné, *ſi de liberis cogitaſſet*, ou qu'il n'a voulu donner que ſous cette condition tacite, *ſi liberos poſtea non ſuſcepiſſet.*

Il n'eſt donc pas nouveau qu'on applique aux donations entre-vifs les conjectures de volonté qui ont lieu à l'égard des teſtamens ; & c'eſt une ſuite du dernier droit, qui, comme on l'a déja dit, en permettant de charger les donations entre-vifs de ſubſtitutions, eſt cenſé les avoir égalé en quelque maniere aux teſtamens.

Or ſi cela eſt, pourquoi n'en empruntéroient-elles pas la liberté de changer de volonté, *uſque ad extremum vitæ ſpiritum*, ſur-tout dans la partie de la donation qui imite abſolument les diſpoſitions teſtamentaires ?

Pour développer davantage cette penſée, il faut conſidérer

les donations chargées de fidéicommis comme des actes mixtes, qui participent à la nature des donations entre-vifs & à celle des dispositions de derniere volonté.

Dans ce qui se passe entre le donateur & le donataire, c'est une véritable donation entre-vifs, *quæ in vim contractus transit, & sine utriusque consensu solvi non potest.*

Mais dans ce qui regarde les substitutions, c'est *mera liberalitas seu patris familias providentia nulla jure adstricta, quæ ut ultima voluntas spectatur.*

Si pour assurer la validité de l'acte dans la forme extérieure on a voulu favorablement que l'acceptation du premier donateur servît aux substitués, c'est une décision qui ne tombe que sur la solemnité de l'acte, qui ne tend qu'à prévenir un doute sur la validité ou la suffisance de l'acceptation, mais qui ne change point la nature du fidéicommis toujours révocable de droit, tant qu'il n'est point réellement accepté par celui qui en doit profiter. La fiction par laquelle il est présumé l'avoir accepté dans la personne du premier donataire est, comme toutes les fictions de droit, qui ne peuvent l'emporter sur la vérité, & qui doivent être restreintes à leur véritable objet; or quel est l'objet de celles qu'on a autorisées par l'Ordonnance des donations, c'est uniquement *ne actus pereat solemnitatis defectu, valeat igitur*, à la bonne heure, *sed in sua natura permaneat, id est mutationi semper obnoxius.* On peut tout renfermer en un seul mot, qu'il subsiste irrévocable entre le donateur & le donataire, parce qu'entr'eux c'est un véritable contrat; qu'il soit regardé comme valable, & comme ayant une forme suffisante à l'égard même des substitués, comme un testament qui seroit revêtu de toute sa solemnité, mais qu'il ne subsiste que comme révocable, puisqu'à l'égard des substitués c'est plutôt une disposition de derniere volonté qu'une donation entre-vifs : il est défendu de le chicaner par le défaut d'acceptation; mais le donateur demeure le maître de révoquer sa disposition quoique valable, parce que formée sur le modele des testamens, elle renferme toujours cette condition tacite, *nisi prius voluntatis pœnituerit.* L'acceptation présumée est établie en faveur des substitués pour les mettre en état de profiter des fidéicommis; elle n'est point établie contre le donateur pour le lier par un engagement irrévocable.

Ainsi paroissent avoir raisonné tous les Parlemens, à la réserve de celui de Paris, quoiqu'ils n'ignorent pas la disposition de

l'art. XI de l'Ordonnance de 1731, & le Parlement de Paris est le seul qui semble avoir voulu l'étendre au-delà de ses véritables bornes.

Il résulte de toutes ces réflexions :

1°. Que la question présente n'est point véritablement & irrévocablement décidée par l'Ordonnance des donations, & qu'elle subsiste encore en son entier.

2°. Que si on la décide suivant la rigueur des principes du Droit civil, le principe de la révocabilité des fidéicommis apposés à une donation entre-vifs devroit avoir la préférence, en exceptant seulement :

1°. Le cas des donations ou d'une institution faite dans un contrat de mariage en faveur de ceux qui en naîtront.

2°. Le cas du fidéicommis accepté expressément par celui qu'on y a appellé, parce qu'il s'agit alors d'un véritable contrat.

3°. Que si l'on consulte moins la rigueur des principes du Droit écrit que l'utilité publique & l'avantage d'une Loi simple qui prévienne un grand nombre de procès, l'opinion du Parlement de Paris peut être soutenue par de très-grandes raisons.

Ainsi quant à présent je m'en tiens à cette ancienne formule des jugemens Romains, *non liquet amplius deliberandum.*

SECONDE QUESTION GÉNÉRALE.

DOIT-ON distinguer dans cette matiere le cas des institutions contractuelles, celui des donations faites par contrat de mariage, & celui des donations faites par d'autres actes ?

PREMIER CAS. Y a-t-il de la différence sur le point dont il s'agit entre une donation entre-vifs portée dans un contrat de mariage, & une institution contractuelle qui n'a lieu que dans le même contrat ?

Pour égaler ces deux genres de disposition sans aucune distinction dans la matiere présente, ensorte qu'ils soient ou également révocables ou également irrévocables, *Grenoble*, *Pau*, *Alsace*, *Besançon*, *Metz*, *Flandres*, *Paris*, on peut aussi y joindre *Bordeaux*. V. infrà.

Pour mettre de la différence entre ces deux sortes de dispositions, & dire que le fidéicommis apposé à une donation entre-vifs est irrévocable, & que celui qui est apposé à une institution

contractuelle est révocable, à l'exception de celui qui seroit fait au profit des descendans des futurs conjoints.

Toulouse & *Aix*, n'ont point traité expressément la question; mais suivant leur maniere de penser, il n'y a pas d'apparence qu'ils admettent la distinction de Dijon.

Roussillon n'a pu agiter la question, parce que les institutions contractuelles même des enfans n'y sont pas reçues.

La distinction singuliere & subtile de *Dijon* doit céder aux vrais principes, & à la presque unanimité des Parlemens, qui excluent avec raison une différence insoutenable.

Second Cas. Doit-on mettre une distinction entre les donations entre-vifs faites en contrat de mariage, & celles qui sont faites par d'autres actes?

Les Parlemens peuvent être rangés en trois classes sur ce point.

1°. Plusieurs n'ont pas prévu la question, s'étant renfermés trop littéralement dans les termes de celle qui leur a été envoyée.

Tels sont, *Grenoble*, *Bordeaux*, *Pau*, *Alsace*, *Roussillon*, *Besançon*, *Metz*.

2°. D'autres, qui ont prévu la difficulté, n'accordent le privilege de la révocabilité qu'aux fidéicommis acceptés par ceux qui y sont appellés, ou portés par des donations faites en contrat de mariage en faveur de ceux qui en descendront, & ils regardent les autres comme une simple destination toujours révocable. *Toulouse*, *Aix*, *Dijon*, *Flandres*.

On ne trouve donc que Paris, qui, en prévoyant clairement la question, la décide indistinctement pour l'irrévocabilité de toute sorte de donations chargées de fidéicommis : on a vu plus haut sur quoi il se fonde.

TROISIEME QUESTION GÉNÉRALE.

Y a-t-il quelque distinction à faire entre les nobles & les roturiers?

Bordeaux seul ne regarde l'institution contractuelle & les substitutions dont elle peut être chargée comme irrévocables qu'entre les nobles ; celles qui sont faites par des roturiers sont toujours révocables dans ce Parlement, même entre le donateur & le donataire.

Tous les autres Tribunaux ignorent cette distinction, & *Paris* propose avec raison de l'abroger.

QUESTION

QUATRIEME QUESTION GÉNÉRALE.

»En admettant le principe de l'irrévocabilité faut-il y mettre »cette exception générale, si ce n'est que le donateur & le dona»taire anéantissent la donation d'un commun consentement?

Cette question en a produit une autre qui lui est subordonnée, la voici.

»Supposé que le consentement puisse détruire le lien que le »consentement a formé, faut-il détruire l'acte entier, ou peut-on »le diviser & ne révoquer que les fidéicommis ou les substitu»tions?

Dans tous les Parlemens ou Conseils, il n'y en a que deux où cette quatrieme question ait été prévue. *Besançon* & *Paris*.

Bordeaux dit seulement en général, que le donateur & le donataire peuvent changer, étant d'accord, au préjudice des substitués, à moins que les derniers n'eussent accepté formellement.

Paris, après un long examen, s'est réduit à quatre propositions qui forment le résultat de son avis.

1°. La donation & les fidéicommis qui y sont apposés ne sont révocables ni par le donateur ni par le donataire, quoiqu'agissant de concert, lorsque le premier substitué a formellement accepté, à moins que lui-même ne se désiste de la vocation au fidéicommis; nul partage, nulle division de sentiment à cet égard.

2°. Toute substitution apposée à une donation ou à une institution contractuelle en faveur de mariage & de ceux qui en naîtront, est absolument irrévocable, même du consentement du donateur & du donataire, quoique aucun des substitués n'ait accepté la substitution.

3°. Le fidéicommis contractuel, quoique non accepté par le substitué, & quoique fait hors du contrat de mariage, ne peut être révoqué au préjudice du substitué, *etiam mutuo donatoris & donatarii consensu*. Cet article a passé de huit voix contre six.

4°. Sur la question subordonnée, s'il faut que l'acte entier soit révoqué, ou si l'on peut ne révoquer que le fidéicommis, partage exact de sentimens, sept d'avis que le principe de l'irrévocabilité doit être suivi lors même que le donateur & le donataire auroient révoqué l'acte entier.

Ainsi pour bien comprendre le résultat de la délibération du Parlement de Paris, il faut joindre les deux derniers articles, &

exprimer ainsi les deux avis entre lesquels les voix se sont partagées.

Tous les suffrages se réunissent pour exclure le pouvoir de diviser l'acte, & de ne révoquer que la substitution.

Mais l'acte entier peut-il être révoqué d'un commun consentement par le donateur & par le donataire? Sept voix pour l'affirmative, & sept pour la négative.

TROISIEME PARTIE DE LA QUESTION.

Quid. *Si le substitué a été seulement présent à l'acte sans aucune acceptation expresse & formelle de sa part?*

POUR décider que la seule présence du substitué sans acceptation ne suffit pas, *Bordeaux*, *Aix*, *Pau*, *Alsace*, *Roussillon*, *Metz*, *Dijon*, *Flandres*.

Pour décider au contraire que la seule présence suffit, *Toulouse*, *Grenoble*, *Paris*.

Mais entre ces trois Parlemens si la décision est la même, le motif de la décision est différent.

Toulouse & *Grenoble* se déterminent pour la présomption de consentement, qui, en matiere favorable & lorsqu'il s'agit d'un titre lucratif, équipolle à une acceptation formelle.

Paris, au contraire, ne tient pas, à proprement parler, que la seule présence suffise, mais il pense qu'elle n'est pas nécessaire, l'acceptation du donataire renfermant de droit celle des substitués; d'où il suit que la présence du substitué n'ajoutant rien à la force de l'engagement, il est sûr, à plus forte raison, qu'elle ne sauroit nuire.

Il y a néanmoins un cas où la question renaîtroit toujours dans le systême même du Parlement de Paris, qui regarde la question de l'irrévocabilité comme décidée par l'art. XI de l'Ordonnance des donations.

Supposons que le donateur & le donataire, d'un commun consentement révoquent la donation en entier, ils le peuvent, suivant un des avis qui ont formé le partage au Parlement de Paris; mais si cela est, ne faudroit-il pas, de cet avis même, distinguer le cas où le fidéicommis auroit été accepté par le substitué, de celui où il n'y auroit point eu d'acceptation, & par conséquent décider si l'acceptation doit être expresse, ou si l'on peut se contenter de l'acceptation tacite & présumée par la présence du substitué?

RÉCAPITULATION ABRÉGÉE DE TOUT ce qui regarde la quatrieme question, en mettant le certain d'un côté, & de l'autre ce qui est douteux.

POINTS CERTAINS ET NON DISPUTABLES.

1°. NULLE distinction à faire entre les nobles & les roturiers, sur le pouvoir de faire des institutions contractuelles, irrévocables, chargées ou non chargées de substitutions.

2°. Nulle différence à mettre dans la question présente, entre les institutions contractuelles & les donations entre-vifs faites en contrat de mariage.

3°. Lorsque le fidéicommis ou la substitution regarde les enfans qui naîtront du mariage, à l'occasion duquel l'institution contractuelle ou la donation sont faites, le fidéicommis ou la substitution sont irrévocables.

4°. Ils le sont pareillement lorsque le premier substitué a accepté expressément la substitution dans le contrat même qui la contient.

5°. Dans le cas où l'on jugeroit que le fidéicommis ou la substitution devroient être acceptés pour être irrévocables, l'acceptation tacite ou présumée par l'assistance & la signature du substitué à la donation chargée de substitution ne suffiroit pas, & son acceptation expresse seroit nécessaire.

POINTS DOUTEUX OU CONTESTÉS.

1°. LE fidéicommis apposé à toute donation entre-vifs, quoique faite hors du contrat de mariage, sera-t-il irrévocable lorsqu'il sera fait en faveur des enfans ou descendans du donataire?

2°. *Quid.* S'il est fait en faveur d'autres que les enfans ou descendans du donataire, qui n'a aucun intérêt dans ce cas que le fidéicommis ne puisse être révoqué?

3°. Ira-t-on jusqu'à décider qu'indistinctement & dans tous les cas toute donation chargée de substitution, qui est acceptée par le premier donataire, est irrévocable à l'égard de tous les substitués comme représentés par le premier donataire, & étant censés avoir accepté & contracté pour lui.

4°. En supposant que l'irrévocabilité est de droit & d'un droit universel qui n'admet aucune distinction, décidera-t-on néanmoins

que la donation qui contient le fidéicommis peut être révoquée du consentement commun du donateur & du donataire, suivant cette regle de droit, *nihil tam naturale est, quam unumquodque dissolvi, eodem modo quo colligatum est.*

5°. Si on le décide ainsi, faudra-t-il que tout acte soit révoqué en entier? ou sera-t-il permis au donateur & au donataire de détruire de concert seulement la partie de l'acte qui contient la substitution?

6°. On peut ajouter une derniere question qui naît des précédentes, & qui peut servir à y répandre un plus grand jour.

Supposé que le substitué vienne à mourir avant le premier donataire qui est chargé de restitution, la charge de fidéicommis s'évanouiroit-elle par son décès, & cette question peut avoir lieu dans deux hypotheses différentes.

Ou il y a plusieurs degrés de substitution après le premier, & alors on doit suivre avec doute la regle commune du droit qui a lieu dans les substitutions testamentaires. *Substitutus substituto, censetur substitutus instituto, nec graduum interruptio vitiat substitutionem fideicommissariam ut nec vulgarem.*

Ou il n'y a qu'un seul substitué, & en ce cas dira-t-on, ou que *fideicommissum evanescit & liberum rei donatæ dominium penes donatorium remanet*, ou que les héritiers du substitué qui est mort avant le donataire, peuvent réclamer les biens donnés lorsque le donataire viendroit à mourir?

Il semble qu'il faille le décider ainsi, si l'on suit les principes des donations entre-vifs, & sur-tout le systême du Parlement de Paris, qui regarde le substitué comme ayant réellement accepté la substitution *in persona donatarii.*

Si l'on suit les principes des testamens, il faudra décider le contraire. Personne ne doute que la substitution ne s'évanouisse *mortuo substituto ante conditionis eventum.*

Mais il s'ensuivroit de cette décision que le droit n'étoit donc pas pleinement acquis au substitué, qu'il n'a pu le transmettre, & par conséquent qu'il ne doit pas être regardé comme un véritable donataire entre-vifs.

Doit-on chercher à concilier ces deux sentimens, en disant que la disposition de la donation qui contient la substitution est, à la vérité, une donation entre-vifs & irrévocable, que le substitué est censé avoir acceptée, mais une donation conditionnelle qui ne doit avoir lieu qu'au cas que le substitué survive au donataire,

præmortuo autem substituto cum deficiat omnino conditio, donatio ipso jure revocata videtur, imo numquam facta fuisse.

CINQUIEME QUESTION.

Si celui qui a fait une substitution par un acte entre-vifs peut en changer les clauses par un acte postérieur?

DROIT CIVIL.

PERFECTA donatio conditiones postea non capit; quare si pater tuus donatione facta quasdam post aliquantulum temporis fecisse conditiones videatur, officere hoc nepotibus ejus fratris tui filiis minime posse dubium non est. L. 4, cod. de donat. quæ sub modo. Quæ quidem lex totius hujusce materia fundus ac veluti solum naturale est. Argumentum etiam duci potest à lege cum à Socero 7, cod. de jure dot. ubi dotis jura filiæ à Patre sine stipulatione datæ, pacto inter socerum & generum, postea interposito, imminui non posse deciditur.

Quid est enim perfecta donatio? An quæ contrahentium consensu aut stipulatione etiam ante traditionem perfecta esse videtur? An quæ traditione completa est? Ambiguam veteris juris questionem sustulit Justinianus. Leg. si quis argentum 35, §. sed si quidem vers. sin vero: voluit que ut nudo consensu etiam ante traditionem, perfecta & completa haberetur donatio. Ideoque inter donatorem & donatarium inter quos constat donationis semel consensu perfectæ, nihil adjici, nihil detrahi posse, nisi utriusque consensu.

Aliud juris est si pactum aut conditio donationi in favorem tertiæ personæ adjiciatur puta restitutionis onus, &c.

Et 1°. quidem constat si tertius ille cui res quandoque restituenda est, juxta legem donationis impositam presens presenti donationis negotio ad fuerit substitutionis que beneficium acceptaverit conditionem donationi adjectam eo invito mutari non posse. Vide quæ ad superiorem quæst. dicta sunt.

2°. Extra hunc casum distinctionem adhibent juris interpretes 1a. distinctio vel solus donatarius fideicommissi onus deponere tentat, vel donator solus conditionem remittit, vel denique ambo in eandem voluntatem concurrunt. Primum numquam admittitur, secundum non

unquam, tertium ſemper. Juxta legem nihil tam naturale 35, *ff. de regul. jur. Leg.* 1, *& tot. tit. quando liceat ab emptio dicedere, alias que paſſim. Nam nudi conſenſus obligatio contrario conſenſu diſſolvitur.*

2a. *Diſtinctio quæ ad donatoris pænitentiam pertinet, aut conditio fideicommiſſi in gratiam ſolius donatoris appoſita eſt, aut etiam in favorem donatarii puta ejus liberis res donata reſtituenda ſit.* 1°. *caſu mutationi locus eſt.* 2°. *non item niſi donatario conſentiente. L.* 36, *ff. de pactis.*

3a. *Diſtinctio quæ ad donatorem donatariumque ſimul & mutuo conſenſu donationis legibus in necem tertii derrogante pertinet de quâ vide ſupra.*

JURISPRUDENCE ET AVIS DES PARLEMENS.

Ils ne paroiſſent pas au moins, pour la plus grande partie, avoir ſenti le nœud de la difficulté, ni avoir prévu les différens cas dans leſquels elle peut avoir lieu, ainſi on ne peut que les réduire à deux claſſes.

Les uns ne s'expliquent qu'en des termes très-généraux, & ſemblent n'avoir enviſagé que le ſeul cas où il s'agit d'un contrat ſynalagmatique, ou devenu entiérement obligatoire par l'acceptation du ſubſtitué, ce qui n'eſt qu'un des cas de la queſtion précédente.

Tels ſont, *Toulouſe*, qui dit ſimplement que les contrats entrevifs ſont irrévocables, & ne ſont pas ſuſceptibles de condition après qu'ils ont reçu toute leur perfection.

Grenoble & *Aix* qui tiennent à peu près le même langage.

Bordeaux, qui dit qu'une ſubſtitution faite par un acte entrevifs ayant acquis la force d'un contrat ſynalagmatique, il ne dépend plus du donateur d'en changer la clauſe par un acte poſtérieur.

Pau, qui répete la même choſe en d'autres termes.

Alſace qui parle de même.

Rouſſillon qui s'explique encore plus préciſément en diſant que la ſubſtitution étant une ſeconde donation, mais conditionnelle, les mêmes formalités y ſont requiſes que pour la donation principale, c'eſt-à-dire le conſentement du donateur & du donataire, moyennant quoi la ſubſtitution devient irrévocable.

Metz, qui en joignant ce qu'il a dit ſur la queſtion précédente,

paroît ſuppoſer qu'il y ait une acceptation de la part du ſubſtitué.

Les Parlemens qui ſont entrés dans une plus grande diſcuſſion peuvent être ſubdiviſés en trois claſſes par rapport aux diſcuſſions qu'ils font.

Premiere diſtinction. Celui de Flandres diſtingue entre un acte entre-vifs, où le donateur parleroit ſeul & feroit une ſubſtitution; auquel cas, comme il n'a contracté aucun engagement il demeure le maître de changer ſa diſpoſition, & une donation entre-vifs qui montre clairement que l'intention du donateur a été de faire une donation entre-vifs au ſubſtitué; mais comment cela peut-il paroître autrement que par une acceptation, & en ce cas la ſubſtitution eſt irrévocable.

Seconde diſtinction. Ou le changement de volonté arrive à l'égard de ceux qui ont été parties dans l'acte & acceptans, ou il arrive à l'égard des tiers qui n'ont pas contracté.

Dans le premier cas la ſubſtitution ne peut être changée, *niſi mutuo conſenſu.*

Dans le ſecond, le donateurpeut faire ce qu'il lui plaît.

Dijon, *Beſançon*, qui ajoute cette précaution à l'égard d'une révocation faite *mutuo conſenſu*, *modo non in fraudem creditorum.*

Troiſieme diſtinction. En ſuppoſant qu'il s'agiſſe d'une donation entre-vifs, que la ſubſtitution n'ait pas été acceptée par le ſubſtitué, ce qui la rendroit irrévocable de l'aveu de tous ceux qui ont été conſultés.

Ou la ſubſtitution eſt changée par le donateur ſeul, & en ce cas il fait plus qu'il ne peut, ſuivant les principes qu'on a ſuivi ſur la queſtion précédente.

Ou la ſubſtitution eſt changée de concert par le commun conſentement du donateur & du donataire, & alors ceux qui ſur la queſtion précédente ont pris le parti de l'irrévocabilité abſolue, même par rapport aux ſubſtitués non acceptans, doivent auſſi ſoutenir que la ſubſtitution n'eſt pas ſuſceptible de changement.

Ceux qui ſe ſont déclarés pour la révocabilité (*mutuo conſenſu*) ſoit de l'acte entier ou même de la ſubſtitution ſeule, doivent croire que la ſubſtitution peut être changée.

Deux obſervations ajoutées à cette diſtinction.

1°. La ſeule différence qu'on peut trouver ici entre les donations entre-vifs & les inſtitutions contractuelles en contrat de mariage, eſt que le cas de l'acceptation des fidéicommis ne peut gueres ſe trouver dans les dernieres, qui n'y appellent que des enfans à naître du mariage.

2°. Il eſt inutile de diſtinguer entre les biens donnés pour être reſtitués après la mort du donataire, & ceux qui doivent être remis après un temps fixe.

Si la révocation ou le changement ſe fait après ce temps, les partiſans même de la révocabilité conviennent que la variation n'eſt plus permiſe.

Si le changement de volonté arrive avant ce temps marqué pour la remiſe du fidéicommis, le doute retombe dans la queſtion générale de l'irrévocabilité ou de la révocabilité, & le même partage de ſentimens doit renaître.

Paris, dont la derniere réſolution, conçue dans des termes aſſez équivoques, doit être expliquée par ce qu'il dit ſur la queſtion précédente.

La précaution du Parlement de *Beſançon* par rapport au cas de la fraude contre les créanciers eſt inutile à exprimer, parce que cela eſt de droit.

Des trois diſtinctions propoſées,

La premiere ne mérite pas d'attention; perſonne ne doute que celui qui a fait ſeul une diſpoſition, en ne traitant qu'avec lui-même, ne puiſſe auſſi la révoquer ſeul, & y faire tel changement qu'il lui plaît.

La ſeconde retombe dans le cas de la queſtion précédente.

La troiſieme dépend encore de ce qui ſera décidé ſur la queſtion précédente.

SIXIEME QUESTION.

Si un donateur peut grever de ſubſtitution les biens qu'il a précédemment donnés ſans aucune charge, ſoit qu'il ſe ſoit réſervé ce pouvoir dans la donation, ſoit qu'il ne ſe le ſoit pas réſervé; & ſuppoſé qu'il le puiſſe, dans quel cas, & en faveur de quelles perſonnes, & ſous quelles conditions il peut uſer de ce pouvoir?

LA queſtion renferme deux cas généraux.

PREMIER CAS.

LORSQUE le donateur ne s'eſt pas réſervé le pouvoir de ſubſtituer.

DROIT

DROIT CIVIL. *Perfecta donatio ut jam sæpius dictum est, posteà conditiones non capit, quare si pater tuus donatione facta quasdam post aliquantulum temporis fecisse conditiones videatur, officere hoc nepotibus ejus fratris tui filius minimè posse dubium non est, Leg. 4, cod. de donat. quæ sub modo, itaq. tùm ex verbis legis, tùm ex notissimis juris civilis principiis evidenter sequitur quæstioni propositæ, numquam in hoc jure locum esse potuisse.*

Idem etiam colligitur ex leg. 62, in pr. ff. ad S. C. Trebell. & ex leg. 68, ff. de leg. 2°. ubi quæ dotis nomine vel donationis titulo à patre vel matre ad filium pervenerunt extra causam bonorum donatoris computari debere nec fideicommisso omnium bonorum à filia relicto comprehendi.

Dubium tamen movere posset lex 68, de Leg. 2°. ubi ultima hæc verba occurrunt. Planè nominatim maritus (donator) uxoris fideicommitere potuit ut ea, id est bona prius donata, restituat.

Unde inferri aut absurde poterat bona prius jure & simpliciter donata fideicommisso ex intervallo onerari posse.

Sed si hujus sententiæ rationem penitus inspiciamus nodus facile solvetur.

Nempè pluribus legibus definitum est, rem hæredis propriam legari posse, imo hæredem posse rogari ut post mortem vel solidam hæreditatem suam vel partem tantum restituat adeoq. hæredis bona fideicommisso gravari posse. Vide L. 114, §. 7, ff. de leg. 1°. & L. 63, in pr. ff. ad Senatus-Consultum Trebell. Hinc igitur colligit Paulus in fine legis 68, de Leg. 2°. bona uxori à marito donata, esse quidem extra causam hæreditatis, adeoque fideicommisso etiam generali non comprehendi sed licet propria sunt uxoris, posse tamen uxore à marito donatore hærede instituta fideicommisso onerari, ita ut aut mariti hæreditatem repudiet si rei donatâ liberum dominium retinere maluerit sin autem hæreditatem adeat rem donatam fideicommisso ex post facto gravatam restituere teneatur.

JURISPRUDENCE ET AVIS DES PARLEMENS.

IL n'y en a aucun qui autorise indéfiniment un donateur à imposer après-coup au donataire la charge d'une substitution, le plus grand nombre au contraire lui refuse indistinctement ce pouvoir.

Grenoble, Alsace, Roussillon, Metz, Besançon, Flandres, Paris.

D'autres sont plus ou moins de distinctions, 1°. Entre ceux qui

en font le moins, il y en a qui diftinguent le cas où le donateur impofe après-coup une nouvelle charge fans faire une nouvelle libéralité, & celui où la fubftitution eft faite à l'occafion d'une inftitution d'héritier ou d'une autre libéralité.

Dans le premier cas, la fubftitution eft nulle.

Dans le fecond, fi le donataire accepte la nouvelle libéralité, il eft obligé de fubir la Loi qui lui eft impofée, même fur les biens précédemment donnés, & il ne peut divifer la volonté du donateur.

Aix, pourvu que la fubftitution foit faite, non au préjudice des enfans du donataire & en faveur des perfonnes étrangeres, mais au profit d'un ou plufieurs des enfans du donateur, & en fuivant l'ordre des degrés.

Dijon, fans reftreindre au moins expreffément fon avis au cas d'une fubftitution faite en faveur des enfans ou defcendans.

Bordeaux, *idem*, lorfque le donateur fait une feconde libéralité égale à la premiere, & qu'il fubftitue nommément aux biens précédemment donnés. *Argumento*, *leg.* 67, §. 9, *& L.* 68, *ff. de leg.* 2°.

Pau, *idem*, & il ajoute ces trois conditions.

Si nominatim ita caverit teftator.

Si donatarius fine liberis decedat.

Si in favorem aliorum liberorum fideicommiffo ex poft facto oneratur.

Il y a des Parlemens qui font une autre diftinction.

Selon eux, il faut diftinguer les donations entre-vifs des inftitutions contractuelles.

A l'égard des donations entre-vifs on doit fuivre la pureté des principes du droit Romain.

Il n'en eft pas ainfi des inftitutions contractuelles; la fubftitution quoique faite poftérieurement à l'inftitution par le pere ou par la mere eft bonne jufqu'à concurrence de la quarte, & par la mort du pere ou de la mere l'héritier contractuel peut accepter l'hérédité; mais on adjuge la quarte au fubftitué, avec les autres biens libres s'il y en a, l'ufufruit réfervé à l'héritier inftitué.

Pourquoi la quarte peut-elle être grevée de fubftitution dans ces Parlemens? C'eft apparemment parce qu'il la regardent comme le bien propre de l'héritier contractuel, & que fuivant les principes du droit Romain, *res hæredis ficut legari ita fideicommiffo gravari poteft.*

3°. *Toulouſe*, le plus favorable de tous à la liberté de ſubſtituer après-coup, ne fait aucune des deux diſtinctions précédentes ; c'eſt-à-dire, qu'il n'exige point de nouvelle libéralité qui ſerve de prétexte à la ſubſtitution, & qu'il ne réduit point la ſubſtitution à la ſeule quarte dans le cas d'une inſtitution contractuelle ; il permet donc aux peres & meres de charger, après-coup, de ſubſtitution les biens qu'ils ont donné purement & ſimplement, mais ſous trois conditions.

1°. Que le donataire décede ſans enfans.

2°. Que la ſubſtitution ſoit faite au profit d'autres enfans ou deſcendans du teſtateur.

3°. Que la ſubſtitution comprenne nommément & expreſſément les biens précédemment donnés. *Si ſine liberis. Si favore liberorum. Si nominatim.*

Le même motif qui a fait établir le droit de retour en faveur des peres & meres, *ne parentum liberos munificentia retardaretur*, eſt, & a été le fondement de cette Juriſprudence.

On l'a étendue juſques au pouvoir de grever les enfans du donateur, comme le donataire même, lorſqu'il meurt avant le donateur.

Le Parlement de Paris en réſumant les avis des autres Parlemens ſur ce premier point, exclut entiérement la Juriſprudence du Parlement de Toulouſe ; il paſſe ſous ſilence celle du Parlement de Pau, ſur la liberté de grever la quarte, dans le cas des inſtitutions contractuelles, qui apparemment ne lui a pas paru mériter aucune attention.

Et à l'égard du cas d'une nouvelle libéralité qui ſert de couleur à la ſubſtitution des biens précédemment donnés, il remarque avec raiſon, que comme dans ce cas le donataire demeure toujours le maître de s'en tenir aux biens donnés en renonçant à la nouvelle libéralité, on doit dire, quand il prend le parti contraire, que c'eſt ſa propre volonté & l'acceptation qu'il fait d'un nouveau bienfait, avec ſes charges, qui l'aſſujettit à la ſubſtitution, & non pas le pouvoir du donateur.

SECOND CAS.

LORSQUE le donateur s'eſt réſervé dans la donation même le pouvoir de charger les biens donnés de ſubſtitution.

DROIT CIVIL. Il n'eſt pas douteux, ſuivant les principes du

droit, que cette réſerve ne ſoit valable, & qu'elle ne doive avoir un entier effet.

JURISPRUDENCE ET AVIS DES PARLEMENS.

Tous, à la réſerve du Parlement de Metz, ſont du même avis.

Ce Parlement ſe fonde, pour être d'un avis contraire, ſur ce que ce ſeroit donner & retenir, ce qui ne ſe peut faire que dans un contrat de mariage; mais on répond avec raiſon qu'en faiſant cette réſerve le donateur ne ſe retient rien, la propriété des biens donnés demeure toujours hors de ſes mains, elle eſt toujours acquiſe au premier donateur; & quoique le donateur y impoſe de nouvelles charges de ſubſtitution, ſuivant qu'il s'en eſt réſervé le pouvoir, il ne fait point rentrer par-là les choſes données dans ſon patrimoine, & ſans détruire la premiere donation, ce qui ſeroit vraiment retenir, il y en ajoute ſeulement une nouvelle ſubordonnée & conditionnelle.

On peut dire même que par la ſubſtitution ajoutée à la donation, il ſe dépouille encore plus que par la donation même, lorſque c'eſt un pere & une mere qui donnent, parce qu'ils ſe privent du droit de retour, qui auroit pu avoir lieu en certains cas en leur faveur.

Enfin le bien des familles demande qu'un pere donateur puiſſe ſe réſerver la faculté de faire à loiſir telle ſubſtitution qui pourra convenir à ſa poſtérité dans le temps de ſa mort, ſans être obligé de ſuſpendre une donation & d'y inſérer des ſubſtitutions précipitées, & dont la prévoyance peut être trompée par les événemens qui arrivent entre la donation & la mort du donateur.

Ainſi le réſultat de cette queſtion doit être, ſelon le Parlement de Paris, qu'un donateur ne peut grever de ſubſtitution les biens qu'il a précédemment donnés ſans aucune charge, ſi ce n'eſt qu'il s'en ſoit réſervé expreſſément le pouvoir, ou qu'il ait fait au donataire une nouvelle libéralité chargée de ſubſtitution ſur les biens donnés que le donataire ait accepté.

Arrêtés de M. le premier Préſident de Lamoignon ſur cette queſtion, art. VIII & IX, p. 367, titre des fidéicommis.

ARTICLE VIII.

»QUAND la donation entre-vifs par contrat de mariage ou

»autrement est parfaite, le donateur ne peut après-coup charger »le donataire d'aucun fidéicommis, non pas même du pere à l'égard »de ses enfans, encore que dans le fidéicommis il soit fait expressé»ment mention des choses données, & que le fidéicommis soit »fait au profit des descendans ou autres ses enfans du donateur, »& sous la condition que le donateur décédât sans enfans.

On voit que cet article a été dressé pour rejetter les trois conditions du Parlement de Toulouse. *Si nominatim. Si sine liberis. Si favore liberorum.*

ARTICLE IX.

»PEUT toutefois le donateur se réserver la faculté de subs»tituer par fidéicommis, auquel cas la substitution faite hors & »après la donation sera valable.

On n'avoit pas prévu alors le cas de la nouvelle libéralité.

SEPTIEME QUESTION.

SI le sens dans lequel quelques Parlemens ont entendu les Articles des Ordonnances qui réglent la durée des substitutions, en les étendant jusqu'à quatre degrés, outre l'institué, est préférable à celui que d'autres Parlemens donnent aux mêmes Articles, en restreignant les substitutions à deux degrés outre l'institué ?

DROIT CIVIL.

FIDEICOMMISSA familiæ vel liberis & descentibus in perpetuum relicta, nullis vel temporis vel gradum limitibus olim circumscripta fuisse jure civili adeoq. in infinitum produci potuisse non ambigitur. Vide instit. de vulg. in princip. L. 88, §. 15, ff. de leg. 3°, leg. 5, cod. de verbor. signific. alias que passim quas apud peregrin. legere est de fideicom. art. 30. Justiniano vel triboniano placuit juxta non nullos interpretes infinitæ illi fideicommissorum peremnitati modum aliquem imponere Novella 159, ne scilicet ultra quartum gradum præter hæredis institutionem protendere-

tur, sed si quidquid de obscura illa & ambigua ut forsan pretio confixa lege opinari liceat, apud omnes optimæ notæ interpretes constat novellam ad eum tantum casum restringendam fuisse, imo & revera ipso usu restrictam in quo de nuda alienandi prohibitione agitur unde fideicommissum induci posset. Mansit igitur in concussum jus fideicommissa in infinitum proferendi saltem apud eas nationes quæ jure Romano utebantur. Notat etiam peregrinus ex didaco Covarruvia apud Hispanos lege rejectam fuisse Novella 159. Quamvis autem intra propriæ speciei terminos steterit hæc constitutio; juris tamen interpretibus causam præbuisse videtur de fideicommissorum perpetuitate diligentius inquirendi; cum hinc libera & nullis finibus coërcita apud Romanos testandi potestas hac pæne dixerim licentia substitutionum perennitati faverit, inde vero ob innumeratas quas parturiebat lites & perpetuo incertam bonorum conditionem, damnosa & bono publico adversa merito videretur.

Alii itaque intra centum annorum curriculum eas finiri placuerat ad exemplum ususfructus reip. relictum aliis vero non ultra septimum aut saltem decimum agnationis vel cognationis gradum porrigi. Cum enim hujuscemodi substitutiones ordinem successionis legitimæ quodammodo imitarentur, intra eosdem fines coërceri, non absurdum videri poterat. Utraque autem sententia suos habebat patronos; major autem interpretum numerus antiquæ & communi opinioni favebat, nimirum fideicommissa in infinitum extendi posse.

Hic autem erat hujusce controversiæ status cum regiis legibus dignum tali vindice nodum resecari placuit.

JURISPRUDENCE DES PARLEMENS.

POUR ne donner aucunes bornes à la durée des substitutions. *Alsace, Roussillon.*

Nota. Roussillon allegue une raison qui lui est propre, & qu'il tire de la réciprocité de succession établie entre les habitans de Roussillon & ceux de la Catalogne; si l'on restreignoit les substitutions en Roussillon contre les habitans de la Catalogne, on ne manqueroit pas d'établir réciproquement la même regle en Catalogne contre les habitans du Roussillon; & l'un des pays étant de beaucoup plus grand que l'autre, il y auroit aussi beaucoup plus à perdre qu'à gagner pour les habitans du Roussillon.

Il reste à savoir, si c'est un gain que la durée des substitutions qui ôte le bien du commerce, & ne profite qu'aux substitués,

pendant que le droit commun des ſucceſſions eſt utile à tous les héritiers.

Pour étendre les ſubſtitutions juſqu'à quatre degrés outre l'inſtitué.

Toulouſe, *Bordeaux*, *Pau*, *Beſançon*; on y peut joindre auſſi *Alſace*, qui dit, que s'il falloit prendre parti ſur la queſtion propoſée, il ſeroit pour la Juriſprudence la plus favorable à la durée du fidéicommis; c'eſt-à-dire, à celle de quatre degrés.

Nota, ſur *Bordeaux*, qui compte les degrés par têtes, & non par ſouches; en quoi il croit avoir trouvé un juſte milieu entre la Juriſprudence de Paris & celle de Toulouſe.

Sur *Pau*, qui malgré la Juriſprudence favorable à la perpétuité, eſt d'avis de borner la ſubſtitution à quatre degrés; il ajoute qu'il faut déroger à un Réglement de 1637, qui autoriſoit la liberté de diſpoſer des biens ſubſtitués, à moins que celui qui y étoit appellé n'eût fait interdire cette liberté par Sentence du Juge.

Sur *Beſançon*, que c'eſt auſſi contre ſa Juriſprudence qu'il propoſe la réduction à quatre degrés.

Pour ſuivre le véritable ſens des Ordonnances d'Orleans & de Moulins, en renfermant les ſubſtitutions dans deux degrés outre l'inſtitué. *Grenoble*, *Aix*, *Dijon*, *Metz*, *Flandres*, *Paris*.

Ainſi en réduiſant ceux qui ſont pour la perpétuité à la claſſe de ceux qui ſont pour quatre degrés, on trouve ſix Compagnies d'un côté, & ſix de l'autre.

Les Avocats ſont partagés comme les Tribunaux.

M. Matthieu eſt pour réduire tout à deux degrés de ſubſtitution.

M. Perinelle, & M. Bargeton, avec M. de Joly, penſent à l'avis contraire, ſoit pour ne pas aller d'un avis à l'autre, dans les pays où les ſubſtitutions ont été perpétuelles juſqu'à préſent, ſoit à cauſe de la grande répugnance que la réduction à deux degrés trouveroit dans la plupart des Provinces qui ſuivent le Droit écrit, ſoit enfin parce qu'il y a moins d'inconvéniens à prolonger les ſubſtitutions dans les pays qui ont ſuivi les Ordonnances d'Orleans & de Moulins, qu'à les abréger dans ceux qui n'ont pas ſuivi ces Ordonnances.

Il y a une réflexion, que perſonne n'a faite ſur cette matiere. La même raiſon qui rend les ſubſtitutions plus favorables en pays de Droit écrit, qu'en pays coutumier, parce qu'elles

tiennent lieu de cette espece de fidéicommis légal, par lequel nos coutumes ont pourvu à la conservation des biens dans les familles, pourroit conduire à croire qu'il faudroit aussi donner plus d'étendue aux substitutions dans un pays que dans l'autre, & établir deux regles au lieu d'une, en fixant les substitutions à quatre degrés dans les Provinces qui suivent le Droit écrit, & deux dans les autres.

Mais on peut répondre que les pays même de Droit écrit sont partagés sur ce point. *Grenoble*, *Aix* & *Dijon* étant pour les deux degrés, & que d'ailleurs on peut y suppléer par le renouvellement des substitutions.

Voir si l'on ne permettroit pas aux nobles de substituer à l'infini une seule de leurs Terres, qui seroit au moins de 15000 liv. de rente, en obtenant des Lettres Patentes qui seroient enrégistrées & publiées dans les Parlemens, & qui y seroient inscrites dans un registre particulier.

Quelque parti que l'on prenne, il faudra toujours pourvoir aux substitutions qui auront précédé la Loi nouvelle.

Besançon propose d'ordonner que les quatre degrés ne commenceront à courir que du jour de la publication de cette Loi.

Au lieu que par l'Ordonnance de Moulins il fut dit que les substitutions antérieures seroient restreintes au quatrieme degré, sans excepter celles dont quelques degrés étoient déja remplis.

M. *Perinelle* est d'avis que les degrés consommés fussent comptés, *nisi in iis regionibus ubi hactenus in infinitum substituere licuit.*

Paris est d'avis pour toutes les Provinces qui ont suivi la Loi de la perpétuité ou la regle des quatre degrés, de conserver encore deux degrés après la publication de la Loi, pourvu qu'ils n'excédassent pas les bornes prescrites pour la substitution dont il seroit question.

ARRÊTÉS DE Mr. LE PREMIER PRÉSIDENT DE LAMOIGNON.

»TOUTES les substitutions faites avant le jour de Pâques 1561 »sont réduites à quatre degrés, & celles faites ledit jour & »depuis, à deux degrés seulement, non compris en l'un & l'autre »cas les personnes de l'institué, donataire ou légataire.

HUITIEME

HUITIEME QUESTION.

Si les degrés doivent être comptés par souches ou par têtes.

DROIT CIVIL.

NIHIL fere circa hanc questionem in hoc jure occurrit, neque enim eam facile admittit libera & indefinita substituendi in perpetuum facultas. Unde apud eos qui fideicommissorum perennitati favent, nostra quæstio ignoratur. Qui vero certos fines substitutionibus impositos ægre & quodammodo inviti admisere latiori semper interpretationi student; cumque fideicommissa longius proferri constet, si per stirpes gradus numerentur, quam si per capita, primum computationis genus alteri prætulerunt. Sententiam tamen suam jure civili tueri conantur, nimirum gradus agnationis cognationisve, jure civili per generationes non per personas genitas numerari non ambigitur: unde cum fratres simul omnes unicam tantum generationem constituant, pro uno gradu etiam omnes accipi, non nullis Juris-Consultis placuit. Inter filios & filias, inquit Cujacius, non sunt plures gradus sed sunt consistunt que omnes in uno; quod etsi ad ordinem succedendi à lege profectum tantummodo pertineat eandem juris regulam ad substitutionum gradus extendi voluere. Argumentum etiam ex Novell. 159, deducere posse visi sunt quæ generationis verbo usa est, quod quatuor generationes præterisse viderentur, unde ut cumque colligitur gradus nomen in hac materia cum generationis nomine confundi, ea que sibi invicem esse synonyma. Voyez *Ricard des Substit. n.* 826, & beaucoup d'autres qu'il seroit inutile de citer. *Domat* à son ordinaire, renferme toutes ces matieres en peu de mots, quand il dit:

Quoiqu'il soit vrai, que les freres sont entre eux au même degré de génération, il y a cette différence, entre le calcul des degrés de substitutions, & celui des degrés de générations; qu'en ceux-ci, le nombre des enfans qui descendent du même pere, n'empêche qu'ils ne soient tous au même degré de génération, les degrés dans cet ordre ne se multipliant que par diverses générations; mais dans les fidéicommis, les substitués ne venant que

l'un après l'autre, chacun dans son ordre, chacun fait son degré, indépendamment du degré de génération où les substitués peuvent être entre eux, & il ne peut y en avoir deux en un degré, que dans le cas où plusieurs sont appellés conjointement. *Uno verbo alius est ordo naturæ aut legis, alius est ordo voluntatis neque ex generationis gradu sed ex sola testatoria vocatione. Ordo substitutionis consideratur adeo ut primo vocatus primum gradum expleat & sic de cæteris.*

Le Parlement de Toulouse, qui est le plus grand défenseur de l'usage de compter par souches, a été obligé lui-même d'abandonner son principe lorsqu'il y a interruption de degré, ce qu'ils appellent *per medios nepotes. Puta, pater filium hæredem instituit nepotem ex eo susceptum dein pro nepotem substituit quo moriente sine liberis hæreditatem suam defferri voluit nepotis fratri minori natu : nam si conditio evenerit filius secundo genitus, non in secundo substitutionis gradu quamvis nepotis frater sed in tertio esse censebitur*, parce que selon Dolive, il ne peut se faire que le neveu ayant accepté le second degré, l'oncle soit aussi compté dans le même degré. *Ergo naturam expellas furca tamen usque recurret.* Et l'interruption des degrés ne sert qu'à faire voir que dans la vérité chaque personne appellée forme & remplit un degré dans l'ordre de la substitution, quoique, suivant l'ordre de la génération, elle fût dans le même degré qu'un précédent substitué.

JURISPRUDENCE ET AVIS DES PARLEMENS.

Dijon, *Metz*, *Flandres*, suivent la lettre de l'Edit perpétuel.

Premiere Classe. Ceux qui rejettent absolument la maniere de compter par souches, & veulent que l'on compte par têtes. *Grenoble*, *Aix*, *Bordeaux*, mais Bordeaux admet quatre degrés.

Seconde Classe. Ceux qui comptent ou sont d'avis de compter par souches.

Toulouse tout seul, par les raisons ci-dessus marquées. Il en ajoute une bien plus frivole, lorsqu'il dit que sans cela le dernier des freres seroit souvent mieux traité que le premier, puisqu'il posséderoit les biens librement; raison qui conclut à la perpétuité des substitutions, ou qui ne prouve rien du tout, puisqu'en supposant que les substitutions aient des bornes, il arrivera toujours que le dernier des substitués, de quelque maniere que l'on compte les degrés, possédera les biens librement; mais cela arrive, *non vo-*

luntate testatoris, *sed autoritate legis*, & dans l'ordre de la volonté celui qui recueille le premier est toujours censé le plus favorisé.

Troisieme Classe. Ceux où la question n'a pu avoir lieu jusqu'à présent, attendu que dans leur pays les substitutions sont perpétuelles, & ces dernieres Compagnies sont d'avis qu'on adopte la maniere de compter par souches, par la même raison qui les a portées sur la question précédente à préférer la Jurisprudence des quatre degrés à celle qui n'en admet que deux outre l'institué; c'est-à-dire, pour garder une espece de milieu entre la perpétuité qui étoit leur ancienne Jurisprudence, & les bornes trop étroites de deux degrés; sans quoi, disent-ils, les substitutions ne subsisteroient quelquefois que pendant une seule génération, & pourroient être finies en un mois de temps.

Tels sont *Pau*, *Alsace*, *Besançon*; on peut y joindre aussi *Roussillon*, au moins par ses vœux, quoique dans le point de droit il convienne que la maniere de compter les degrés par têtes soit la seule réguliere.

Ainsi les principes généraux du droit, l'esprit général de notre Jurisprudence, qui est d'abroger la durée des substitutions, source de fraudes & de procès, le défaut de justesse dans la maniere de raisonner du Parlement de *Toulouse*, & la pluralité des avis, donnent évidemment la préférence à la regle de compter les degrés par têtes.

Si l'on veut se déterminer ou s'affermir par l'autorité, on peut ajouter ici le préjugé de l'art. CXXIV de l'Ordonnance de 1629, observé à cet égard par quelques Parlemens. L'exemple de l'art. III, du tit. II, du liv. V des nouvelles Ordonnances du Roi de Sardaigne, & enfin l'art. XLIII, tit. des Fidéicommis des arrêtés de M. le premier Président de Lamoignon.

Le Parlement de Paris a prévu une difficulté qu'on peut dire être la seule dans cette matiere : c'est de savoir ce qu'on décidera à l'égard des substitutions précédentes, soit dans le ressort du Parlement de Toulouse, ou dans ceux où les substitutions étoient perpétuelles, & qui demandent à adopter la regle de compter par souches.

En comptant par têtes, il se trouveroit que plusieurs substitutions, qui sont regardées à présent comme subsistantes encore, seroient déja éteintes.

On propose d'ordonner que les degrés remplis avant la nouvelle Loi en comptant par souches resteront, & qu'on ne comp-

tera par têtes qu'à l'égard de ceux qui seront à remplir dans la suite.

Espece qu'on peut feindre.

»Titius a institué son fils ainé héritier, & lui a substitué suc-»cessivement les enfans qu'il auroit pour recueillir l'un après l'au-»tre la substitution. Le fils ainé a laissé quatre enfans, dont les »deux premiers ont joui des biens substitués; le second en jouit »encore lorsqu'on a publié la nouvelle Loi. Deviendra-t-il libre »possesseur, ou la substitution durera-t-elle à l'égard de ses deux »freres ?

»Ou bien c'est le troisieme frere qui jouit dans le temps que la »Loi paroît, il a profité de la regle qui compte les degrés par »souches; le quatrieme frere sera-t-il exclu d'en profiter à son »tour ? Cela paroîtroit bien rigoureux.

Ne vaudroit-il pas mieux excepter en général toutes les substitutions faites avant la Loi, ou du moins celles qui sont ouvertes avant la Loi, soit ne *patrif. providentia decipiatur*, soit parce qu'il paroît bisarre, que la même substitution soit réglée par deux Loix contraires, *partim jure veteri*, *partim jure novo*, soit afin d'adoucir pour le Parlement de Toulouse, & pour les pays où les substitutions ont été jusques ici perpétuelles, l'amertume du changement; soit enfin pour la simplicité de la Loi, & pour ne s'écarter en aucune maniere de la regle, *leges futuris dant formam negotiis.*

NEUVIEME QUESTION.

S'IL y a quelque différence à faire sur les questions précédentes, entre les nobles & les roturiers ?

DROIT CIVIL.

ON n'y trouve rien qui ait rapport à cette question.

JURISPRUDENCE ET AVIS DES PARLEMENS.

TOUS en général se déclarent contre la distinction, soit sur le nombre des degrés, soit sur la maniere de les compter.

Toulouse, *Grenoble*, *Bordeaux*, *Aix*, *Pau*, *Alsace*, *Roussillon*, *Metz*, *Flandres*, *Dijon*, *Besançon*, *Paris*.

Il y en a deux ſeulement qui paroiſſent avoir un peu plus de pente pour la diſtinction.

Dijon dit, que s'il plaiſoit au Roi d'étendre la durée des ſubſtitutions juſqu'à quatre, il ſembleroit que cette extenſion ne devroit regarder que les nobles diſpoſant en faveur d'autres nobles.

Beſançon, après avoir rappellé ce qu'il a dit ſur la troiſieme queſtion, pour ôter aux roturiers le droit de faire des ſubſtitutions, ſe réduit à l'avis du Parlement de Dijon, en cas qu'on étende juſqu'à quatre degrés de ſubſtitution : l'excluſion de toute diſtinction paroît être le ſeul parti à prendre.

DIXIEME QUESTION.

Si ceux qui ſont appellés conjointement aux ſubſtitutions, doivent être comptés pour un ſeul degré ou pour pluſieurs ?

DROIT CIVIL.

ON n'y trouve que des principes généraux, comme *hæreditas perſonnæ vicem ſuſtinet*, comme que chaque héritier *eſt hæres in ſolidum* ; enſorte que *totum capit conjuncto non concurrente, &c.....* principes ſuivant leſquels la queſtion propoſée n'eſt pas ſuſceptible de difficulté, & l'on y cherche même la raiſon de douter.

JURISPRUDENCE ET AVIS DES PARLEMENS.

COMME la queſtion a été fort mal propoſée, il faut pour y ſuppléer feindre deux eſpeces différentes.

PREMIERE ESPECE.

»UN pere en inſtituant ſon fils héritier univerſel, lui ſubſtitue »tous les enfans que ce fils laiſſera en mourant, ſans rien ajouter »de plus à la diſpoſition, ne ſeront-ils tous comptés que pour un »ſeuldegré ?

SECONDE ESPECE.

»MEME inſtitution, & même premiere ſubſtitution, mais où

»après avoir substitué expressément les enfans de son fils les uns »aux autres, où sans le dire formellement, il ajoute qu'en cas que »tous ses petits enfans meurent sans enfans, il veut que la succes»sion soit remise à Titius. Les petits enfans au nombre de deux »recueillent la substitution après la mort du fils; ils la partagent »entre eux; l'ainé meurt sans enfans, son partage passe au puîné; »il meurt aussi sans enfans, Titius peut-il demander l'ouverture »de la substitution? Si tous les petits enfans ne forment qu'un »degré, soit lorsqu'ils recueillent conjointement les biens de leur »pere, soit lors que l'un reçoit la part de l'autre, il n'y a encore »qu'un degré de rempli. Si l'on distingue au contraire le passage »qui se fait du pere à tous les enfans conjointement, de celui qui »a lieu d'un des enfans à l'autre, pour sa part & portion du pré»décédé, il y a deux degrés remplis & la substitution s'évanouit.

Cela supposé, *sur la premiere espece*, nulle diversité de sentimens, ni entre les Auteurs ni entre les Parlemens; tous conviennent que les enfans ou même des étrangers, tous substitués conjointement pour recueillir en même temps la même succession, ne forment qu'un degré, & telle est la décision précise de l'article CXXIV de l'Ordonnance de 1629, à laquelle l'article XLIV des Arrêtés de M. le premier Président de Lamoignon, titre des Fidéicommis, est entiérement conforme.

Sur la seconde espece, deux sortes de Parlemens; ceux qui n'ont pas seulement prévu la difficulté, & ceux qui l'ont sentie.

Les premiers se sont contentés de répondre à la question, telle qu'elle étoit proposée, & elle ne leur a paru susceptible d'aucun doute.

Tels sont, *Grenoble*, *Aix*, *Pau*, *Metz*, *Dijon*.

Les autres ont prévu, ou du moins entrevu la difficulté, & ils ne s'accordent point entre eux pour décider que quand la part de l'un des substitués passe aux autres, cela fait un second degré pour cette part, & que l'on compte autant de degrés à l'égard de chaque part, qu'il y a des personnes qui en profitent successivement, *Flandres* très-expressément, & *Paris* de même.

On peut joindre ceux dont les expressions ou les principes qu'ils supposent tendent à la même décision; comme *Bordeaux*, qui dit, que quand plusieurs personnes sont appellées conjointement à une substitution pour la recueillir en même temps & sans subordination des uns aux autres, on ne doit les compter que pour un degré; donc le contraire doit avoir lieu lorsqu'il y a subordination ou succession des uns aux autres.

Roussillon, qui rend cette raison de son sentiment sur l'unité des degrés, parce qu'ils succédent en même temps & non successivement les uns aux autres, les degrés n'étant multipliés qu'aux substitutions successives.

Besançon, puisqu'il suppose pour principe général, que pour que chaque substitué fasse un degré, il faut que chacun ait recueilli séparément la substitution; donc toutes les fois que cela arrive, il y a un degré de rempli.

Pour ne considérer ceux qui sont substitués conjointement que comme un seul degré, même par rapport aux substitutions réciproques qui ont lieu entre eux, *Toulouse* fait assez entendre que c'est son sentiment, puisqu'il rappelle ici la regle de compter les degrés par souches, & d'ailleurs il pose nettement la question dans le cas d'enfans chargés de substitution les uns envers les autres, & revient toujours à son principe, qu'il ne faut pas que le dernier enfant qui aura recueilli soit mieux traité que les autres.

Alsace pense à peu près de même, puisqu'il se détermine sur cette question par la regle que les degrés doivent être comptés par souches & non par têtes, quoique cependant il soit assez difficile de dire précisément ce que ce Conseil a pensé.

Quoiqu'il en soit, la question proposée ne paroît susceptible d'aucun doute raisonnable, ni dans la premiere ni dans la seconde espece.

ONZIEME QUESTION.

Si celui en faveur de qui la substitution est ouverte de droit, mais qui ne la pas recueillie de fait, est censé remplir un degré ?

Si la simple demande formée par celui à qui le droit est échu, le doit faire compter pour un degré ?

PREMIERE PARTIE DE LA QUESTION.

Où l'on ne suppose ni répudiation du grevé, ni demande, ni acceptation de la part du substitué.

DROIT CIVIL.

CUM civibus Romanis in infinitum substituere semper licuerit, nec intra certos gradus ut apud nos sisterentur fideicommissa, vix est ut aliquid in jure civili reperiri possit quod propositæ quæstioni apte conveniat quædam tamen principia, in hoc jure occurrunt quorum ope questio ut cumque solvi potest.

1°. *Quidem constat fideicommissum ut & legatum nihil esse aliud, nisi donationem à defuncto relictam ab hærede præstandam, instit. de leg. §. 1, ergo si ab hærede præstanda est ipso jure non transit in personam legatarii vel fideicommissarii unde originem ducit vulgata hæc juris nostri regula.* Tout legs est sujet à délivrance.

Et quamvis Justinianus spernens subtilitatem quæ multa variaque descrimina notabat inter legata & fideicommissa, utrumque liberalitatis genus omnino exequaverit, leg. 2, cod. comm. de leg. & fideicom. neutrum tamen hæredis institutioni quæ nudam tantum aditionem vel pro hærede gestionem desiderat adæquavit; satis que legatariis aut fideicommissariis prospexisse sibi visus est cum dictâ lege sancivit, ut ex utrisque pariter nascerentur in rem actiones, ex utrisque hypotheca, ex utrisque personales. Ergo non res sed actio aut jus agendi ad rem consequendam ex legato vel fideicommisso quæritur. Jus autem illud omnino in voluntate legatarii vel fideicommissarii

ſarii poſitum eſt ſive repudiare legatum velit, aut petere aut ſilentio omittere.

2°. *Jure autem civili certum eſt, numquam in invitos aut nolentes dominium rei legatæ, fideive hæredis commiſſæ transferri, imo nec ullos hæredes neceſſarios haberi niſi filios famil. tantum L. in ſuis* 11, *ff. de liber. & poſthumis.*

3°. *Denique cum fideicommiſſa ſaltem omnium bonorum ſucceſſioni legitimæ leges multis in caſibus exequantur; argumentum optimè duci poteſt in ſubjectu materia à lege ſi quis* 5, §. *ſi filius* 2°. *ff. unde liberi. Ubi ſi filius emancipatus non petierit bonorum poſſeſſionem, ita integra ſunt omnia nepotibus atque ſi filius non fuiſſet, ut quod filius habiturus eſſet petita bonorum poſſeſſione hoc nepotibus ex eo ſolis non etiam reliquis ad creſcat, ergo pariter primo ſubſtituto è vivis ſublato ante quamlibet fideicommiſſi petitionem omnia ita integra ſunt poſterioris gradus ſubſtituto, ac ſi prior nunquam extitiſſet.*

Ex quibus omnibus colligitur non modo jure ſed facto, non invito aut nolenti, ſed volenti & agenti fideicommiſſariam ſubſtitutionem deferri, gradumque ab eo impleri, neque aliter quam hæreditas legitima ei tantum quæritur, qui bonorum poſſeſſionem, non etiam illi qui petere potuit, & non petendo omiſiſſe videtur. Concurrat enim utraque voluntas neceſſe eſt, id eſt tum teſtatoris, tum ſubſtituti; nec concurriſſe probari poteſt, niſi cum ſubſtitutus fideicommiſſum petierit.

Ricard dit cependant, (*Traité des Subſtit. chap.* 9, *ſect.* 6, *n.* 797.) » qu'il fera voir dans un chapitre ſéparé, que la maxime »établie par le Parlement de Toulouſe peut être défendue dans »les regles pour toutes les Provinces du Royaume, à l'égard des »fidéicommiſſaires univerſels, pour dire qu'ils ſont ſaiſis de droit, »ſuivant les principes du droit Romain, ſelon leſquels l'héritier »inſtitué & ceux qui le repréſentent à titre univerſel ſoient ſubro»gés au lieu de l'héritier *ab inteſtat.*

Je ne ſais ſi *Ricard* a jamais fait ce chapitre ſéparé, où il devoit établir l'opinion qu'il avance ici, & je crois qu'il avoit promis plus qu'il ne pouvoit tenir; on voit au contraire que dans le chapitre 16 du même ouvrage, où il traite ſeulement la queſtion, *ſi les fidéicommiſſaires ſont ſaiſis de plein droit*, ſuivant la regle *le mort ſaiſit le vif*, il ſe déclare fortement pour le ſentiment de *Tiraqueau*, qui a ſoutenu la négative contre *Benedicti* & d'autres Docteurs. Il finit ſon raiſonnement en diſant qu'on doit s'étonner

qu'on ait pu former cette question *si le fidéicommissaire est saisi ?* Il est vrai qu'il ne semble traiter la question que par rapport au pays coutumier, & d'ailleurs il y confond tellement tous les principes, en exigeant que l'héritier institué demande la délivrance à l'héritier du sang, qu'on peut douter avec beaucoup de raison, si *Ricard* a jamais mis la derniere main à ce chapitre.

JURISPRUDENCE ET AVIS DES PARLEMENS.

TROIS cas à distinguer.

Répudiation expresse du fidéicommis.

Silence du substitué.

Demande formée par lui avant sa mort pour l'ouverture de la substitution.

PREMIER CAS.

PERSONNE ne doute que celui qui renonce ne remplit aucun degré, nulle diversité de Jurisprudence ou de sentimens sur ce point.

SECOND CAS.

DEUX avis pour juger en général que le substitué qui est mort sans avoir formé aucune demande pour l'ouverture du fidéicommis, n'est point censé remplir un degré.

Toulouse, *Aix*, *Bordeaux*, *Pau*, *Alsace*, *Roussillon*, *Dijon*, *Besançon*, *Metz*, *Flandres*, *Paris*. La Jurisprudence précédente de cette derniere Cour étoit devenue un problême entre nos Auteurs.

Pour juger au contraire que le substitué qui se trouve capable au jour de la mort de celui qui remplissoit le degré immédiatement précédent, remplit un degré, quoiqu'il soit mort sans avoir demandé l'ouverture du fidéicommis. *Grenoble* seul entre tous les Tribunaux. Il pose pour principe que le droit une fois ouvert ou échu se transmet *ipso jure*, parce qu'il faut suivre en cette matiere la regle générale, *que le mort saisit le vif*, que l'adition ou la pétition d'hérédité sont inutiles, parce que ne pas renoncer c'est accepter. Tel est le sentiment présent du Parlement de Grenoble, qui paroît avoir jugé autrefois le contraire.

Ainsi, soit par la raison tirée de la solitude de ce Parlement, soit par les principes généraux de cette matiere, l'opinion du

plus grand nombre mérite sans doute la préférence ; mais il naît une nouvelle question sur un cas particulier qui peut souvent se présenter.

Celui qui étoit appellé à la substitution, & qui est mort sans en avoir demandé l'ouverture, quoiqu'il pût le faire, étoit le second substitué, & comme la substitution devoit finir en sa personne, il auroit possédé librement les biens substitués, s'il les avoit recueillis, & il en auroit eu non-seulement l'usufruit ou une propriété révocable, mais le domaine parfait, & une propriété incommutable.

Fera-t-on une exception pour ce cas, & si l'on établit pour regle que le substitué qui meurt sans avoir formé aucune demande ne remplit aucun degré, fera-t-on cesser cette regle, lorsqu'il s'agit du dernier substitué ?

RAISON POUR AUTORISER CETTE EXCEPTION.

1°. Les legs ou les fidéicommis conditionnels sont acquis au légataire ou au fidéicommissaire du jour que la condition est arrivée, & quoiqu'ils n'en aient pas demandé l'ouverture, leur droit ne se transmet pas moins à leurs héritiers, *L. 3. cod. quando dies, leg. vel fideicom. L. 13, ff. eod. tit.*

Si l'on ne suit pas cette regle à la rigueur, lorsqu'il s'agit du premier substitué, c'est parce qu'il ne doit acquérir & posséder les biens substitués qu'à la charge de les rendre au substitué du second degré. Il n'a qu'une propriété résoluble, qui, dans le fait, se réduit à un usufruit, & ne passe point à ses héritiers. Mais ceux-ci sont préférables à un substitué du troisieme degré, dont le droit seroit entiérement évanoui par l'acceptation du second substitué.

2°. On peut douter sur le parti qu'auroit pris celui qui ne doit acquérir que pour rendre ce qu'il auroit acquis, parce qu'il y a des substitutions dont le bénéfice a des charges qui en dégoûtent celui dont le droit ne produit qu'une jouissance attachée à sa vie ; mais quand il s'agit d'une propriété libre & absolue, personne ne peut douter que le substitué n'eût dû l'accepter, & qu'il ne l'eût acceptée en effet.

3°. Suivant notre usage, un substitué à qui la propriété des biens substitués est dévolue, ne peut y renoncer, *in necem creditorum*, & ses créanciers sont en droit de l'accepter pour lui ;

donc le droit eſt acquis indépendamment de ſa volonté, & par conſéquent le ſimple ſilence du ſubſtitué ne peut nuire à ſes héritiers, *ſi nolenti jus quæritur; quanto magis ignoranti vel etiam tacenti, & agere ceſſanti.*

RAISONS POUR COMBATTRE L'EXCEPTION, ET LA FAIRE RENTRER DANS LA REGLE GÉNERALE.

1°. Il eſt vrai que les legs ou les fidéicommis conditionnels ſont déférés du jour de l'échéance de la condition; mais le vrai ſens de cette regle eſt, que le droit d'en former la demande eſt acquis lorſque la condition eſt échue. Il eſt encore vrai que ce droit paſſe aux héritiers, mais la faveur des teſtamens & la préſomption de la volonté du teſtateur a mis une exception à cette regle, pour ſuivre plus exactement les intentions de celui qui a voulu que le fidéicommis fût entiérement recueilli dans pluſieurs degrés, & que celui qui ne la jamais poſſédé ni demandé à le poſſéder, ne pût être cenſé avoir rempli un de ces degrés.

La regle propoſée ſur la queſtion générale de cet article ne peut avoir que ce fondement, ſans quoi il faudroit décider ſuivant la rigueur des principes, que chacun de ceux qui ont pu recueillir le fidéicommis, eſt cenſé l'avoir recueilli.

Mais ce même principe s'applique au cas du ſecond ſubſtitué comme à celui du premier, & il n'y a point de teſtateur qui ne décidât ainſi la queſtion, ſi l'on pouvoit le faire revivre pour expliquer ſes intentions.

2°. La diſtinction qu'on veut faire entre le cas du droit ou de la propriété réſoluble, & celui du droit ou de la propriété incommutable ne paroît pas ſolide; les effets de l'un & de l'autre droit ſont différens ſans doute. Le premier ſubſtitué n'eſt propriétaire que ſous la condition de reſtituer. Le ſecond eſt un propriétaire libre & abſolu; mais ſi leurs droits différent quant à l'effet ou aux avantages qui y ſont attachés, ils ne différent point quant à la maniere de les acquérir.

Ou il faut dire que l'un & l'autre ſe déférent *ignoranti & invito*, ou il faut établir que l'un & l'autre exigent la volonté ou l'acceptation du ſubſtitué; car pourquoi ſeroit-il plutôt ſaiſi de plein droit dans un cas que dans l'autre? Et le premier & le ſecond ſubſtitué tirent leur droit de la ſeule volonté du teſtateur, & l'on ne voit pas en termes de droit pour quelles raiſons le concours

de la volonté du ſubſtitué ſeroit néceſſaire, lorſqu'il s'agit d'acquérir une propriété réſoluble, & pourquoi il ſeroit inutile lorſqu'il eſt queſtion d'acquérir une propriété incommutable.

3°. L'argument qu'on tire de la conſidération du *quid expediat, aut quid utilius*, n'a rien de concluant.

Il eſt vrai, en général, qu'il eſt plus avantageux d'avoir une propriété incommutable, que d'acquérir une propriété réſoluble, & qu'il peut y avoir plus de doute pour accepter l'une que pour accepter l'autre; mais la regle *quid utilius* eſt bonne, lorſqu'il s'agit de ceux qui n'ont point de volonté, comme les mineurs, ou dont l'acte ne dépend pas abſolument de leur liberté abſolue. Il n'en eſt pas ainſi de ceux dont la volonté n'eſt adſtrainte à aucune regle, non pas même à ce qui leur eſt le plus utile, & à qui l'on peut appliquer ces mots, *eſt pro ratione voluntas*.

Or tel eſt tout légataire, tout fidéicommiſſaire, tout ſubſtitué; il ne lui faut point de raiſon pour accepter ou pour renoncer, il a *merum & liberum arbitrium*; donc la préſomption tirée *du quid utilius* ceſſe abſolument à l'égard de celui qui peut, s'il veut, renoncer à ce qui lui eſt le plus utile. Ainſi, ou il faut qu'il ſoit ſaiſi de droit indépendamment de ſa volonté, & cela dans tous les cas; ou ſi ſa volonté eſt une condition néceſſaire, elle ne l'eſt pas moins quand il s'agit d'une propriété incommutable, que lorſqu'il eſt queſtion d'une propriété réſoluble.

4°. Les créanciers, il eſt vrai, peuvent exercer les droits de leur débiteur, accepter pluſieurs ſucceſſions ou une ſubſtitution, & attaquer même une renonciation qui ſeroit en fraude de leurs droits. Mais, 1°. l'argument qu'on tire de cette maxime dans la queſtion préſente prouveroit trop, parce qu'on en pourroit conclure que même dans le cas du premier ſubſtitué on doit le reputer ſaiſi de droit & rempliſſant un degré. En effet, ſi c'eſt pour l'intérêt des créanciers qu'on change de principes à l'égard du ſecond ſubſtitué, ne devroit-on pas ſuivre la même regle à l'égard du premier quoiqu'il n'acquiere qu'une propriété réſoluble? Ses créanciers ont toujours intérêt qu'il l'acquiere, parce qu'au moins pendant ſa vie les revenus des biens ſubſtitués deviennent leur gage, & peuvent quelquefois ſuffire à leur paiement. Donc ſi c'eſt l'intérêt des créanciers qu'on conſulte, il doit décider la queſtion, auſſi-bien contre le cinquieme ſubſtitué que contre le ſecond.

2°. Il eſt bien vrai qu'en ſuppoſant que le droit d'une propriété incommutable eſt acquis au ſecond ſubſtitué, toutes les

conséquences qu'on en tire en faveur de ses créanciers ou de ses héritiers sont incontestables.

Mais on change visiblement l'état de la question où il s'agit de savoir, non pas ce qui doit arriver, si le second substitué a la propriété incommutable du fidéicommis, mais si cette propriété lui est déférée indépendamment de sa volonté. Question qui consiste à savoir de quelle maniere le droit se défere, & si c'est dépendamment ou indépendamment de sa volonté.

Que ce droit soit plus ou moins étendu, plus ou moins avantageux, ce n'est pas de quoi il s'agit; mais tel qu'il soit, comment s'acquiert-il? Faut-il que le fait, c'est-à-dire l'acceptation du substitué, concoure avec le droit, ou cela n'est-il pas inutile? Voilà ce qu'il s'agit de décider.

Il y a donc une pétition manifeste de principe dans les argumens qu'on forme sur ce sujet. Car avant d'examiner la qualité & le genre de la propriété qui appartiendra au substitué du second degré il faut décider, si la propriété, si le droit en lui-même, tel qu'il puisse être, lui est acquis indépendamment de sa volonté & même malgré lui.

Si on le soutient ainsi, la Loi doit être égale pour le premier & pour le second substitué.

Si l'on suppose au contraire que le concours de la volonté du substitué est nécessaire, il n'y aura pas non plus de différence entre le premier & le second substitué; celui-ci auroit acquis la propriété incommutable s'il l'avoit voulu, mais il ne l'a pas voulu; donc il n'a acquis aucune propriété.

5°. La distinction que l'on veut mettre ici entre le premier & le dernier substitué, est en quelque maniere hors du sens commun, & elle ne se présente pas naturellement à l'esprit de ceux qui traitent la matiere, & la preuve en est faite.

Aucun des Auteurs qui ont traité la question n'a formé ce doute: ils ont tous réduit la difficulté à ses véritables termes, en agitant seulement s'il falloit que la volonté du substitué concourût avec celle du testateur, ou si elle n'étoit pas nécessaire. On a voulu tirer des conséquences de quelques expressions, dont *Ricard* ou d'autres Auteurs se sont servis dans leurs raisonnemens; mais il ne paroît pas qu'ils aient jamais envisagé la question telle qu'on l'a fait naître.

Aucun des Parlemens qu'on a consultés n'a pensé à distinguer le cas du premier substitué de celui du second substitué. Les trois

Avocats consultans sont les premiers qui ont mû la question, & le Parlement de Paris est le seul qui soit entré dans leur esprit, sans que l'on remarque aucune diversité de Jurisprudence sur ce point, parce que la question ne peut être jamais réformée.

6°. La seule conséquence de cette question est, qu'il y aura, dit-on, trois degrés de substitution au lieu de deux ; mais est-ce un grand inconvénient de ne pas compter celui qui n'aura pas recueilli ? Il n'en résultera jamais que deux degrés réels de substitution. Le plus grand mal est que la substitution durera quelques années de plus ; mais cette durée même n'aura plus rien de contraire à la liberté du commerce, parce que, quel que soit le substitué, il possédera toujours les biens librement.

Ainsi, en égalant la condition du second substitué à celle du premier, on n'aura qu'une facilité innocente qui servira à adoucir, dans plusieurs Parlemens, la peine qu'ils auront de voir réduire les substitutions à deux degrés.

TROISIEME CAS.

DEMANDE formée par le substitué avant sa mort pour l'ouverture de la substitution.

POUR décider que la simple demande suffit pour faire décider que celui qui l'a formée a rempli un dégré. *Toulouse*, *Aix*, *Bordeaux*, *Pau*, *Grenoble*, *Metz*, *Flandres*, *Besançon*, *Paris*.

Pour juger que la simple demande ne suffit pas, & qu'il faut que le substitué ait été dans la possession réelle du fidéicommis. *Alsace*, *Roussillon*, *Dijon*, qui se fonde principalement sur ces termes de l'art. CXXIV de l'Ordonnance de 1679, » ceux-là seu-»lement feront un degré qui auront appréhendé & recueilli.

Le plus grand nombre paroît bien penser, soit parce que celui qui a acquis une fois par sa demande le droit de jouir des fruits, est censé avoir recueilli & appréhendé les biens substitués, soit parce qu'autrement il dépendroit du substitué de chaque degré de prolonger la substitution & d'en multiplier les degrés par des procès collusoires, pendant lesquels il ne paroîtroit pas avoir une jouissance réelle & effective.

DOUZIEME QUESTION.

Si la caducité de l'institution emporte la caducité de la substitution fidéicommissaire, ou si cette substitution doit alors être regardée comme convertie en substitution vulgaire pour soutenir le testament?

Quid. *S'il y a une clause codicillaire dans le testament?*

DROIT CIVIL.

UT questionis fines recte instituantur, ponendum est primum de substitutione quam compendiosam vocare consueverunt juris interpretes, quæque verbo seu voce communi exprimitur. Hic omnino non agi, cum enim hæc substitutio, omnia omnium substitutionum genera vimque & substantiam compendio verborum complectatur, nulla conversione opus est, ut directa substitutione cessante vel caduca, fideicommissaria locum habeat.

De sola igitur substitutione fideicommissaria proprie dicta hic questio vertitur. Vide leg. 78, ff. de legat. 1°. Vide etiam, §. 5, instit. de fideic. & Novell. 115.

Multa tamen in jure civili saltem novissimo occurrunt in quibus antiqui juris rigor paulatim emolliri cœpit actemperari. Vide L. 13, §. 4, de testam. milit. Vide leg. 13, §. 4, ad paganum, leg. 42, ff. de fideicom. libert. Benedicti ad cap. Raynut. vol. 2, n. 85.

JURISPRUDENCE ET AVIS DES PARLEMENS.

1°. LES uns sont d'avis d'admettre la conversion de plein droit d'une substitution à l'autre, d'égaler en ce point la substitution fidéicommissaire à la substitution vulgaire, quand même il n'y auroit point de clause codicillaire dans le testament.

Toulouse, dont l'ancienne Jurisprudence est attestée sur ce point par *Benedicti.*

Pau, où la question ne s'est point présentée.

Alsace, il ne paroît pas non plus que la question s'y soit présentée.

2°.

2°. D'autres Parlemens ou Conseils conviennent tous que la regle générale est contre la conversion de la substitution fidéicommissaire en substitution vulgaire.

Provence, *Perpignan*, *Bordeaux*, *Grenoble*, *Besançon*, *Metz*, *Flandres*, *Paris*.

Nota, *Rennes* & *Rouen* n'ont rien envoyé sur ce sujet; mais outre ces Parlemens, il y en a qui pensent que dans une nouvelle Loi il sera à propos d'autoriser le sentiment de la conversion d'une substitution à l'autre.

Besançon, qui propose aussi son avis, décide, 1°. Que la substitution fidéicommissaire sera convertie en vulgaire, lorsque l'institution se trouvera caduque.

2°. Que la clause codicillaire sera toujours suppléée dans les testamens (ce qui seul emporteroit la décision de la question,) en exceptant néanmoins le cas du défaut d'institution en ligne directe.

3°. Que la renonciation de l'héritier institué ne pourra jamais nuire au fidéicommissaire.

4°. Que quand le premier substitué prend la place de l'institué, il ne doit pas faire un degré.

RAISONS SUR LE PREMIER POINT.

Qu'il faut abandonner la rigueur du droit pour suivre la volonté du testateur, qui n'est pas douteuse en ce cas.

Que les substitutions vulgaires ou pupillaires se convertissent l'une en l'autre suivant le droit Romain; pourquoi n'en seroit-il pas de même à l'égard de l'institution directe & de la fidéicommissaire, n'y a-t-il pas la même présomption de volonté?

Que le droit Romain a admis une pareille conversion en faveur de la milice & de la liberté.

RAISONS SUR LE SECOND POINT.

Que le Roi de Sardaigne a établi dans ses nouvelles Loix, que la clause codicillaire seroit aussi insérée dans tous les testamens.

RAISONS SUR LE TROISIEME POINT.

L'institué ne peut renoncer *in fraudem substituti.*

RAISONS SUR LE QUATRIEME POINT.

DANS le cas de la conversion, le substitué prend les biens immédiatement de la main du testateur.

3°. Un Parlement seul est d'avis de distinguer,

Si le décès de l'institué a été connu du testateur, suivre la regle générale.

Si le testateur a ignoré la mort de l'institué, admettre la conversion. *Dijon.*

Le fondement de cet avis est la Loi *tractabatur* 14, *ff. de test. militis. Vide suprà.*

Mais cette Loi ajoute aussi le cas de l'héritier institué qui meurt après le testateur.

Le Parlement de Dijon ne prévoit pas ce cas, & les termes dans lesquels il s'explique semblent l'exclure, parce qu'il n'admet d'exception à la regle générale que quand le testateur a ignoré la mort de l'héritier institué.

FOND DE LA QUESTION.

EXAMINÉE non en Juge astreint à suivre certains principes, mais en Législateur qui peut s'élever au dessus de ces principes mêmes.

DE deux points qui sont indiqués par la question, l'un est certain & l'autre est douteux, & l'ordre naturel est de commencer par le premier pour passer du certain à l'incertain, & du connu à l'inconnu.

Ce qui est certain, & en quoi conviennent tous les Jurisconsultes & tous les Parlemens, c'est que s'il y a une clause codicillaire dans le testament, la caducité de l'institution n'emporte pas celle du fidéicommis & de la succession. L'héritier légitime prend alors la place de l'héritier institué; mais aussi dans ce cas, il a la rétention de la quarte Trebellianique, comme l'héritier institué l'auroit eu.

Quel est le fondement de cette maxime? C'est que *non tantum verbis directis sed precariis relinqui potest hæreditas;* or la clause codicillaire est regardée comme une priere adressée par le testateur à l'héritier *ab intestat*, *ut*, comme dit une Loi. *Si quid minus rite fecero, pro jure legitimo habeatur hominis sani voluntas,*

d'où l'on a conclu que dans tous les cas où il arrivoit que la disposition ne pouvoit valoir comme testament, l'intention d'un testateur qui a pris la précaution de faire usage de la clause codicillaire, a été que l'héritier du sang qui profite alors de la succession, soit obligé d'en supporter les charges, & de rendre le fidéicommis au substitué. C'est ce profit même ou l'avantage de recueillir la substitution *ab intestat*, qui soutient en ce cas l'effet de la clause codicillaire, & qui le rend juste, & tel est le fondement de ce principe général du droit Romain que *Ulpien* a renfermé en deux mots, §. 6, *L.* 1, *ff. de leg.* 3°.

Ainsi dans le cas où la clause codicillaire a son effet, l'héritier légitime trouvant un avantage dans la succession, soit parce que le fidéicommis ne l'absorbe pas entiérement, soit parce qu'il retient la quarte Trebellianique, avantage que le testateur est censé lui avoir donné en ne lui ôtant pas, *dum non ademit*; il est juste qu'il porte la charge du fidéicommis. *Quia aliquid ex judicio deffuncti consequitur.*

En un mot, tel est l'effet de la clause codicillaire, qu'elle met l'héritier *ab intestat* à la place de l'héritier institué, & cela à tous égards. Voilà ce qui est certain, & également reconnu de tous côtés.

Mais le second point, auquel il faut passer à présent, est-il douteux si le premier ne l'est pas?

Toute bonne Jurisprudence doit être systématique; c'est-à-dire, poser de principes solides, & en tirer de justes conséquences.

Or, quel est le principe solide qui a servi de fondement à ce que le droit Romain a établi sur l'effet des clauses codicillaires? C'est que pour pouvoir être chargé de fidéicommis, il faut recevoir quelque chose *ex judicio deffuncti*. Il faut, comme disent les Interpretes, avoir été honoré par le testateur pour pouvoir être grevé par lui, *non honoratus non potest onerari.*

Mais quand le testateur n'a point mis de clause codicillaire dans son testament, il paroît avoir oublié entiérement son héritier légitime, *non videtur de eo cogitasse.* C'est malgré lui que la nullité de l'institution profite à celui qu'il a voulu en priver dans tous les cas: ainsi l'héritier du sang ne tenant rien alors, *ex judicio deffuncti*, & devant tout à la Loi, non à l'homme, contre la volonté duquel il devient son successeur, il est impossible, si l'on raisonne conséquemment, qu'on puisse l'obliger à remettre un fidéicommis dont l'héritier institué étoit seul chargé, & la fiction par laquelle on

veut convertir alors la ſubſtitution fidéicommiſſaire en ſubſtitution vulgaire, réſiſte également & à la lettre du teſtament, & à l'eſprit de la Loi qui ſaiſit l'héritier du ſang, contre la volonté du teſtateur.

Remontons encore plus haut, & voyons ſi cette fiction qui eſt contraire à la rigueur des principes, & au véritable ſyſtême de la Juriſprudence Romaine, peut êtr efondée ſur les regles ſupérieures de l'équité naturelle.

Ce qui forme le doute en cette matiere, eſt le partage des ſentimens entre la faveur des teſtamens & celui des héritiers du ſang.

Ceux qui ſont frappés de la premiere, épuiſent toute la ſubtilité de leur eſprit à inventer des couleurs pour ſuppléer tout ce qui peut manquer à la lettre du teſtament. Ils enviſagent moins ce que le teſtateur a dit, que ce qu'il a voulu dire, ou ce qu'il auroit dû dire, pour faire en ſorte que ſa derniere diſpoſition ne pût ſouffrir aucune atteinte, ni pour le vice de la forme, ni pour des événemens imprévus.

Peut-on préſumer, diſent-ils, que ſi le teſtateur avoit penſé que ſon héritier inſtitué mourroit avant lui, il auroit voulu que le fidéicommis dont il l'avoit chargé demeurât caduque & anéanti?

Dans l'ordre de ſes affections, l'inſtitué a tenu le premier lieu.

Le ſubſtitué a eu le ſecond, & le teſtateur a préféré l'un & l'autre à ſon héritier légitime. Pourquoi faut-il que le prédécès de l'inſtitué renverſe cet ordre, & donne la préférence à celui que le teſtateur a moins aimé, ſur ceux qu'il a jugé plus dignes de ſon affection? Peut-on douter que s'il avoit prévu le cas qui eſt arrivé, il n'eût décidé expreſſément la queſtion contre l'héritier du ſang? Il en avoit le pouvoir, & on ne peut former aucun doute raiſonnable ſur ſa volonté. Qui empêche donc qu'on ne ſupplée la ſeule choſe qui y manque; c'eſt-à-dire l'expreſſion formelle de cette volonté, & qu'on ne ſuive cette regle ſi équitable du droit Romain, *pro jure legitimo haberi debet hominis ſani voluntas.*

Ce que la faveur du teſtament militaire, & celle de la liberté a fait introduire ſur ce point dans le droit Romain, ce que Juſtinien a même étendu au cas de la nullité de l'inſtitution par la prétérition ou l'exhérédation des enfans de famille, pourquoi l'équité naturelle, beaucoup plus reſpectée dans nos mœurs que la rigueur du droit, ne le feroit-elle pas admettre dans tous teſtamens dans le cas de la caducité de l'inſtitution par le prédécès

de l'héritier institué ? Les présomptions de la volonté du testateur ne sont-elles pas sans comparaison plus favorables, & ne doivent-elles pas être plus efficaces lorsqu'il s'agit d'une volonté juste en elle-même, & seulement trompée par un événement imprévu, que quand il est question d'une volonté injuste & odieuse qui a porté un pere, ou à oublier ses enfans, ou à les déshériter injustement ?

C'est ainsi que les esprits prévenus en faveur des testamens font tous leurs efforts, pour empêcher qu'un acte qui leur paroît si privilégié ne périsse, & pour le mettre à couvert de la fatalité des événemens.

Il n'est pas surprenant que ceux qui mettent au contraire toute la faveur du côté des héritiers du sang, pensent fort différemment sur cette question, & regardent comme un très-léger inconvénient la caducité d'une institution & l'anéantissement d'un fidéicommis, qui ne font que rétablir les choses dans leur état naturel, en faisant passer la succession entre les mains de ceux à qui la Loi ne le donne que suivant le vœu de la nature. Ainsi c'est peut-être moins par attachement à la rigueur des principes de la Jurisprudence Romaine, que par indifférence pour les Testamens, & par prévention pour les droits du sang, que ceux qui ont été élevés dans l'esprit coutumier, regardent comme une espece de paradoxe en fait de législation l'idée de la conversion d'une substitution fidéicommissaire en substitution vulgaire, qui a trouvé tant de défenseurs dans les nouveaux Interpretes du Droit civil.

Mais entre les uns & les autres, n'y a-t-il pas un juste milieu qui puisse fixer le sentiment de ceux qui envisagent la question avec un esprit impartial, soit pour la faveur du testament, soit pour celle des héritiers du sang ? C'est ce qui reste à examiner.

Lorsqu'on examine attentivement les premieres notions de la Loi ou de la justice naturelle, on y trouve cette gradation de principes reconnue par le consentement de toutes les nations.

1°. L'ancienne communauté des biens entre les hommes qu'Hobbes appelle *jus omnium in omnia*, ayant cessé par l'occupation & autres voies qui ont introduit le partage des biens, la propriété, qui dans son principe étoit une suite de la possession, devoit à la rigueur s'éteindre à la mort du possesseur, & se réunir à la puissance publique pour être remise à d'autres.

2°. Mais comme cela auroit produit une grande négligence à faire valoir les terres & l'industrie, si chaque possesseur avoit

prévu que le fruit de son travail périroit avec lui, & que d'ailleurs la disposition des biens qu'il auroit laissés en mourant auroit été sujette à de grands inconvéniens, soit que le Prince eût voulu se les approprier comme cela a lieu dans certains pays, soit que le crédit ou la faveur l'eût porté à les donner aux plus riches plutôt qu'à ceux qui en auroient eu le plus de besoin, il est sagement établi presque dans toutes les nations, que celui qui acquéreroit un bien en propriété l'acquît tant pour lui que pour ses enfans ou ses parens. C'est ce qui a produit l'hérédité dans l'ordre des successions.

3°. Il a paru toutefois dur d'obliger des hommes qui vivoient libres à mourir esclaves en quelque maniere, sans pouvoir disposer de leurs biens, & en leur donnant malgré eux des héritiers; de là l'origine des testamens & des dispositions à cause de mort, dont l'usage a été accordé aux hommes par le plus grand nombre des nations.

4°. De là sont nées ces vues ambitieuses des Romains qui se regardoient dans leurs testamens comme des vrais législateurs; ils ont même voulu que leurs testamens fussent regardés comme des Loix. *Disponat testator & erit lex.*

Mais ce pouvoir n'a pas été long-temps indéfini & absolu, on l'a rendu dépendant des véritables Loix qui l'ont limité.

De là les enfans furent regardés comme des héritiers nécessaires *sui hæredes*, afin que la continuation du Domaine eût lieu de plein droit; ensorte que par là le droit naturel prit le dessus sur le droit positif, & par une suite nécessaire les exhérédations injustes furent soumises à l'autorité de la Loi & des Juges.

De là la querelle d'inofficiosité, qui fut même accordée aux collatéraux, lorsqu'une personne infame leur étoit préférée.

De là la nécessité de réserver une légitime à tous les enfans.

Enfin, on renferma dans de justes bornes la liberté d'épuiser ses biens par des substitutions ou par des legs, en accordant à l'héritier la rétention de la quarte Trebellianique, ou de la quarte Falcidie. Rétention accordée d'abord aux enfans, & ensuite à tous les héritiers du sang.

5°. La sagesse des coutumes a été même plus loin.

Elles ont distingué deux sortes de biens, comme deux patrimoines dans la succession d'un seul homme.

Ceux que le testateur avoit reçu de ses pere & mere, & qui

de là sont appellés *propres*, *biens avitins*, *ou papoaux*, dit la coutume de Béarn en termes très-énergiques.

Les autres qui étoient le fruit de l'industrie du testateur.

Il ne pouvoit disposer des premiers, mais bien des seconds.

Ainsi dans tout ce qui est devenu le bien de la famille, la famille est préférée à la volonté de l'homme, & dans les autres biens sa volonté l'emporte sur l'intérêt de la famille.

D'autres coutumes vont encore plus loin, & rendent le testateur comptable à la Loi ou aux Officiers de Justice des motifs qui ont dicté son testament.

RÉSUMPTION.

1°. Le droit qui saisit les héritiers du sang de la succession de leurs parens est un droit naturel.

Le droit qui autorise la liberté de faire des testamens est un droit positif, & une exception mise par la Loi civile à la Loi naturelle.

Donc dans le doute de ces deux droits, la faveur est pour les héritiers du sang, & la balance du Juge doit pancher de ce côté.

Le droit Romain & le droit Français ont établi à cet égard deux principes.

Premier principe. La volonté de l'homme doit toujours céder ou se conformer à celle de la Loi.

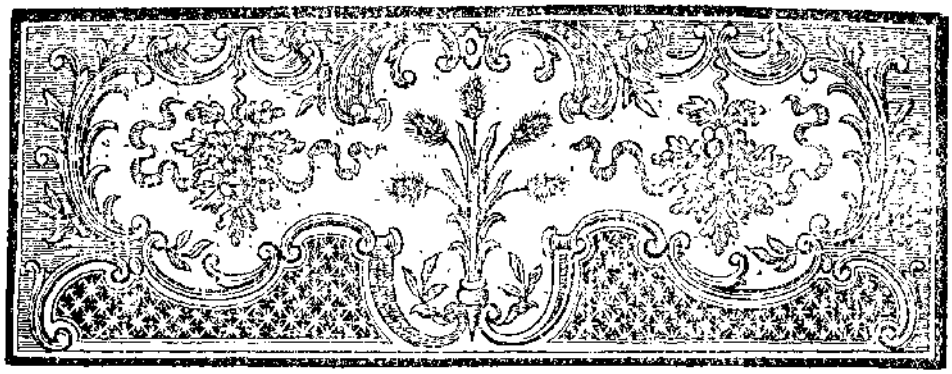
Second principe. Il n'est point permis aux testateurs d'ignorer les Loix, & l'on ne doit jamais présumer qu'il les ait jamais ignorées, ni que son intention ait été contraire dans les choses qui dépendent de la volonté, à moins qu'il ne l'ait marqué expressément, *in dubio leges servari voluisse presumitur.*

Donc le testateur est sujet à toutes les Loix qui déclarent la disposition nulle ou inutile, ou réductible, soit par la prétérition, par l'exhérédation, par le défaut de solemnité, par la caducité de l'institution, par l'indignité de l'héritier institué, soit par la faculté de retenir les quartes de différentes especes.

Donc *in dubio*, il est censé avoir voulu s'y conformer, & laisser son hérédité dépendante des divers événemens que son testament peut avoir suivant les Loix.

L'application de ces principes à l'espece présente n'est pas difficile.

FIN.



ORDONNANCE
DU ROI,
CONCERNANT LES SUBSTITUTIONS.

DONNÉE au Camp de la Commanderie du Vieux-Jonc, au mois d'Août 1747.

LOUIS, par la grace de Dieu, Roi de France & de Navarre : A tous présens & à venir, SALUT. Dans la résolution que Nous avons prise de faire cesser l'incertitude & la diversité des Jugemens qui se rendent dans les différens Tribunaux de notre Royaume, quoique sur le fondement des mêmes Loix, la matiere des donations entre-vifs & celle des testamens Nous ont paru par leur importance devoir être les premiers objets de notre attention, & elles ont fait le sujet de nos Ordonnances des mois de Février 1731 & d'Août 1735. Nous nous sommes proposés ensuite d'établir la même uniformité de Jurisprudence à l'égard des Substitutions fidéicommissaires, qui peuvent se faire également par l'un & par l'autre genre de disposition ; mais la matiere des fidéicommis, fort simple dans son origine, est devenue beaucoup plus composée, depuis que l'on a commencé à étendre les Substitutions, non-seulement à plusieurs personnes appellées les unes après les autres, mais à plusieurs degrés, ou à une longue suite de générations. Il s'est

formé par-là comme un nouveau genre de succession, où la volonté de l'homme prenant la place de la Loi, a donné lieu d'établir aussi un nouvel ordre de Jurisprudence, qui a été reçu d'autant plus favorablement, qu'on l'a regardé comme tendant à la conservation du patrimoine des Familles, & à donner aux Maisons les plus illustres le moyen d'en soutenir l'éclat. Mais le grand nombre de difficultés qui se sont élevées, soit sur l'interprétation de la volonté souvent équivoque du Donateur ou du Testateur, soit sur la composition de son patrimoine, & sur les différentes détractions dont les fidéicommis sont susceptibles, soit au sujet du recours subsidiaire des femmes sur les bien grevés de Substitution, a fait naître une infinité de Procès, qu'on a vu même se renouveller plusieurs fois à chaque ouverture de fidéicommis; ensorte que par un événement contraire aux vues de l'auteur de la Substitution, il est arrivé que ce qu'il avoit ordonné pour l'avantage de sa famille, en a causé quelquefois la ruine. D'un autre côté, la nécessité d'assurer & de favoriser la liberté du Commerce, ayant exigé de la sagesse de la Loi, qu'elle établît des formalités nécessaires pour rendre les Substitutions publiques, la négligence de ceux qui étoient obligés de remplir ces formalités, est devenue une nouvelle source de contestations, où les suffrages des Juges ont été suspendus entre la faveur d'un Créancier ou d'un acquéreur de bonne foi, & celle d'un Substitué qui ne devoit pas être privé des biens substitués, par la faute de celui qui étoit chargé de les lui remettre. C'est par toutes ces considérations, qu'après avoir pris les avis des principaux Magistrats de nos Parlemens, & des Conseils supérieurs de notre Royaume, qui Nous ont rendu un compte exact de leurs Jurisprudences différentes, Nous avons cru que les deux principaux objets de la matiere des fidéicommis demandoient que Nous partageassions cette Loi en deux titres différens. Le premier comprendra tout ce qui concerne les Substitutions fidéicommissaires considérées en elles-mêmes, & les droits qui peuvent être exercés sur les biens substitués. Le second regardera les obligations imposées à ceux qui sont grevés de Substitution, soit pour leur donner le caractere de publicité qui leur est nécessaire, soit pour assurer la consistance & l'emploi des Effets qui en font partie, soit pour l'expédition & le Jugement des contestations qui s'élevent dans une matiere si importante. Si la multitude & la subtilité des questions abstraites dont elle est remplie, l'opposition qui regne

à cet égard, non-seulement entre les opinions des plus célebres Jurisconsultes, mais entre les Jugemens des Tribunaux les plus éclairés, & la nécessité de résoudre des doutes où le poids presque égal des raisons qu'on oppose de part & d'autre, rend le choix si difficile entre les sentimens contraires, ont retardé plus long-temps que Nous ne l'aurions desiré la publication de cette Ordonnance, Nous espérons que nos Peuples en seront dédommagés par la grande attention que Nous avons eu à la mettre dans l'état de perfection dont elle pouvoit être susceptible. Loin de vouloir y donner la moindre atteinte à la liberté de faire des Substitutions, Nous ne nous sommes proposés que de les rendre plus utiles aux familles; & notre application à prévenir toutes les interprétations arbitraires par des regles fixes & uniformes, ne servira qu'à faire respecter encore plus la volonté des Donateurs & des Testateurs, en les obligeant seulement à l'expliquer d'une maniere plus expresse. C'est ainsi que Nous donnerons à nos Sujets une nouvelle preuve du soin que Nous prenons de maintenir le bon ordre au dedans de notre Royaume, par l'autorité de nos Loix, dans le temps même que Nous sommes les plus occupés à le défendre au dehors par la force de nos Armes, dont le principal objet est de procurer le grand bien de la Paix à un Peuple si digne de notre affection par son attachement pour notre personne, & par le zele qu'il fait éclater tous les jours de plus en plus pour notre Service. A CES CAUSES, & autres à ce Nous mouvans, de l'avis de notre Conseil, & de notre certaine science, pleine puissance & autorité Royale, Nous avons dit, déclaré & ordonné, disons, déclarons & ordonnons, voulons & nous plaît ce qui suit.

TITRE PREMIER.

Des biens qui peuvent être substitutés; des clauses, conditions, & de la durée des Substitutions; & des droits qui peuvent être exercés sur lesdits biens.

ARTICLE PREMIER.

LES Substitutions fidéicommissaires dans les Pays où elles sont en usage, pourront être faites par toutes personnes capables

de disposer de leurs biens de quelque état & condition qu'elles soient.

II. Les biens qui sont immeubles par leur nature, pourront être chargés de Substitution, encore qu'ils fussent réputés meubles à certains égards, par les dispositions des Loix ou Coutumes des lieux.

III. Les offices & les rentes constituées à prix d'argent ou autrement, pourront être chargés de Substitution, soit dans les Pays où les biens de ladite qualité sont réputés immeubles, soit dans ceux où ils sont regardés comme meubles ; & en cas de vente, suppression ou réunion desdits offices, ou de rachat desdites rentes, il sera fait emploi du prix desdits offices porté par le contrat de vente, ou qui aura été par Nous fixé, ou du principal desdites rentes, en cas de remboursement, le tout suivant les regles qui seront prescrites dans le Titre second de la présente Ordonnance.

IV. Les deniers comptans, meubles, droits & effets mobiliers, seront censés compris dans la Substitution, lorsqu'elle sera apposée à une disposition universelle, ou faite par forme de quotité, à moins qu'il n'en ait été autrement ordonné par l'auteur de la Substitution ; & il en sera fait emploi, ainsi qu'il sera réglé par le Titre second, à l'exception de ceux qui seront ci-après marqués.

V. Les biens mentionnés dans l'Article précédent, ne pourront être chargés d'aucune Substitution particuliere, qu'en cas qu'il ait été ordonné expressément par l'auteur de la Substitution, qu'il sera fait emploi des deniers comptans, ou de ceux qui proviendront de la vente, ou du recouvrement desdits meubles, droits ou effets mobiliers.

VI. N'entendons comprendre dans la disposition des deux Articles précédens, les bestiaux & ustensiles servans à faire valoir les Terres, lesquels seront censés compris dans les Substitutions desdites Terres, sans distinction entre les dispositions universelles & particulieres ; & le grevé de Substitution ne sera point tenu de les vendre & d'en faire emploi, mais il sera obligé de les faire priser & estimer, ainsi qu'il sera réglé par le Titre second, pour en rendre d'une égale valeur lors de la restitution du fidéicommis, à peine de tous dépens, dommages & intérêts.

VII. Les meubles meublans, & autres choses mobilieres qui servent à l'usage ou à l'ornement des Châteaux ou Maisons,

pourront être chargés des mêmes Substitutions que les Châteaux ou Maisons où ils seront, pour être conservés en nature, pourvu néanmoins que l'auteur de la Substitution l'ait ainsi ordonné expressément, soit qu'il s'agisse d'une Substitution universelle, ou qu'elle soit particuliere ; & en ce cas le grevé de Substitution sera tenu de les rendre en nature, tels qu'ils seront lors de la restitution du fidéicommis, à peine de tous dépens, dommages & intérêts.

VIII. Faisons défenses de faire aucune Substitution universelle ou particuliere, sous la condition de conserver en nature aucuns autres effets mobiliers, que ceux qui sont mentionnés dans les deux Articles précédens, à peine de nullité de la Substitution à l'égard desdits effets. Voulons que celui auquel ladite condition auroit été imposée, les possède librement, sans même qu'il soit tenu d'en imputer la valeur sur ses détractions.

IX. Les Substitutions apposées aux donations entre-vifs, ne pourront avoir leur effet à l'égard des meubles ou effets mobiliers, qu'en cas qu'il en ait été fait un état signé des Parties, & annexé à la minute de la donation, lequel état contiendra l'estimation desdits meubles & effets ; le tout à peine de nullité de la Substitution à l'égard desdits effets, sans préjudice au surplus de l'exécution de l'Article XV de notre Ordonnance du mois de Février 1731, concernant les Donations.

X. Le Donataire chargé de Substitution, sera tenu de faire emploi du prix des meubles & effets qui auront été compris dans l'état mentionné en l'Article précédent, lequel emploi sera fait suivant ce qui sera prescrit par le Titre second de la présente Ordonnance.

XI. Les Substitutions faites par un contrat de mariage, ou par une donation entre-vifs, bien & duement acceptées, ne pourront être révoquées, ni les clauses d'icelles changées, augmentées ou diminuées par aucune convention ou disposition postérieure, même du consentement du Donataire ; & en cas qu'il renonce à la donation faite en sa faveur, la Substitution sera ouverte au profit de ceux qui y auront été appellés.

XII. La disposition de l'Article précédent aura lieu pareillement par rapport aux institutions contractuelles. Voulons que lesdites institutions, comme aussi les Substitutions qui y seront apposées, soient irrévocables, soit entre Nobles ou entre Roturiers, dans tous les Pays où elles sont en usage.

XIII. Les biens qui auront été donnés par un contrat de mariage, ou par une donation entre-vifs, ſans aucune charge de Subſtitution, ne pourront en être grevés par une donation ou diſpoſition poſtérieure, encore qu'il s'agiſſe d'une donation faite par un pere à ſes enfans, que la Subſtitution comprenne expreſſément les biens donnés, & qu'elle ſoit faite en faveur des enfans ou deſcendans du Donateur ou du Donataire.

XIV. Lorſque la donation ou l'inſtitution contractuelle aura été faite à la charge de remettre les biens donnés à celui que le Donateur ou le Donataire voudra choiſir, celui qui ſera élu, ne pourra ſous prétexte de l'élection faite en ſa faveur, être chargé d'aucune Subſtitution.

XV. Le contenu aux deux Articles précédens ſera exécuté, quand même le contrat de mariage ou l'acte de donation contiendroit une réſerve faite par le Donateur, de la faculté de charger dans la ſuite de Subſtitution les biens par lui donnés, laquelle réſerve ſera regardée à l'avenir comme nulle & de nul effet, ſans préjudice de l'exécution des réſerves portées par des actes antérieurs à la publication de la préſente Ordonnance.

XVI. N'entendons rien innover par les Articles XIII, XIV & XV, en ce qui concerne les diſpoſitions par leſquelles le Donateur feroit une nouvelle libéralité au Donataire, ſoit entre-vifs ou à cauſe de mort, à condition que les biens qu'il lui avoit précédemment donnés, demeureroient chargés de Subſtitution; & en cas que ledit Donataire accepte la nouvelle libéralité faite ſous ladite condition, il ne lui ſera plus permis de diviſer les deux diſpoſitions faites à ſon profit, & de renoncer à la ſeconde pour s'en tenir à la premiere, quand même il offriroit de rendre les biens compris dans la ſeconde diſpoſition, avec les fruits par lui perçus.

XVII. Dans le cas porté par l'Article précédent, où le Donataire auroit accepté la nouvelle libéralité faite ſous la condition de Subſtitution, même pour les biens précédemment donnés, ladite Subſtitution n'aura effet que du jour qu'il l'aura acceptée, ou qu'il en aura fait ordonner l'exécution à ſon profit.

XVIII. N'entendons que la diſpoſition des Articles XIII, XIV & XV, puiſſe avoir effet pour les donations entre mari & femme, ou faite par le pere de famille aux enfans étant en ſa puiſſance, ou autre donation à cauſe de mort, dans les Pays où elles ſont en uſage.

XIX. Les enfans qui ne feront point appellés expreffément à la Subftitution, mais qui feront feulement mis dans la condition, fans être chargés de reftituer à d'autres, ne feront en aucun cas regardés comme étant dans la difpofition, encore qu'ils foient dans la condition en qualité de mâles, que la condition foit redoublée, que les grevés foient obligés de porter le nom & armes de l'auteur de la Subftitution, & qu'il y ait prohibition de faire détraction de la Quarte Trébellianique, ou qu'il fe trouve des conjectures tirées d'autres circonftances, telles que la nobleffe & la coutume de la famille, ou la qualité & la valeur des biens fubftitués, ou autres préfomptions, à toutes lefquelles Nous défendons d'avoir aucun égard, à peine de nullité.

XX. Ceux qui font appellés à une Subftitution, & dont le droit n'aura pas été ouvert avant leur décès, ne pourront en aucun cas être cenfés en avoir tranfmis l'efpérance à leurs enfans ou defcendans, encore que la Subftitution foit faite en ligne directe par des afcendans, & qu'il y ait d'autres Subftitués appellés à la même Subftitution après ceux qui feront décédés, & leurs enfans ou defcendans.

XXI. La repréfentation n'aura point lieu dans les Subftitutions, foit en directe ou en collatérale, & foit que ceux en faveur de qui la Subftitution aura été faite, y ayent été appellés collectivement, ou qu'ils ayent été défignés en particulier, & nommés fuivant l'ordre de la parenté qu'ils avoient avec l'auteur de la Subftitution; le tout à moins qu'il n'ait ordonné par une difpofition expreffe que la repréfentation y auroit lieu, ou que la Subftitution feroit déférée fuivant l'ordre des fucceffions légitimes.

XXII. Dans les Subftitutions aufquelles les filles font appellées au défaut des mâles, elles recueilleront les bien fubftitués dans l'ordre qui aura été réglé entr'elles par l'auteur de la Subftitution; & s'il n'a pas marqué expreffément ledit ordre, celles qui fe trouveront les plus proches du dernier poffeffeur defdits biens les recueilleront, en quelque degré de parenté qu'elles fe trouvent à l'égard de l'auteur de la Subftitution, & encore qu'il y eût d'autres filles qui en fuffent plus proches, ou d'une branche ainée.

XXIII. Dans les Subftitutions faites fous la condition que le grevé vienne à décéder fans enfans, le cas prévu par ladite condition fera cenfé être arrivé, lorfqu'au jour du décès du grevé, il n'y aura aucuns enfans légitimes & capables des effets civils,

ſans qu'on puiſſe avoir égard à l'exiſtence des enfans naturels, même légitimés, autrement que par mariage ſubſéquent, ni pareillement à l'exiſtence des enfans morts civilement par condamnation pour crime, ou incapables des effets civils par la profeſſion ſolemnelle de la vie religieuſe, ou pour quelqu'autre cauſe que ce ſoit.

XXIV. Dans tous les cas où la condamnation pour crime emporte mort civile, elle donnera lieu à l'ouverture du fidéicommis, comme la mort naturelle; ce qui ſera pareillement obſervé à l'égard de ceux qui auront fait profeſſion ſolemnelle de la vie religieuſe.

XXV. La condition de ſe marier ſera cenſée avoir manqué, & celle de ne point ſe marier (dans le cas où elle peut être valable) ſera cenſée accomplie lorſque la perſonne à qui l'une ou l'autre deſdites conditions avoit été impoſée, aura fait profeſſion ſolemnelle dans l'état religieux.

XXVI. Dans tout teſtament, autre que le militaire, la caducité de l'inſtitution emportera la caducité de la Subſtitution fidéicommiſſaire, ſi ce n'eſt lorſque le teſtament contiendra la clauſe codicillaire.

XXVII. La renonciation de l'Héritier inſtitué, ou du Légataire ou Donataire grevé de Subſtitution, ne pourra nuire au Subſtitué, lequel audit cas prendra la place dudit Héritier, Légataire ou Donataire, ſoit qu'il y ait une clauſe codicillaire dans le teſtament, ou qu'il n'y en ait point; & pareillement en cas de renonciation du Subſtitué, celui qui ſera appellé après lui prendra ſa place.

XXVIII. Celui qui ſera appellé à une Subſtitution fidéicommiſſaire pourra y renoncer, ſoit après qu'elle aura été ouverte à ſon profit, ſoit avant que le droit lui en ſoit échu; mais dans ce dernier cas, la renonciation ne ſera valable que lorſqu'elle ſera faite par un Acte paſſé pardevant Notaires, avec celui qui ſe trouvera chargé de la Subſtitution, ou avec le Subſtitué qui ſera appellé après celui qui renoncera, duquel Acte il reſtera minute, à peine de nullité.

XXIX. L'exhérédation prononcée par les peres ou meres, ne pourra priver les enfans déshérités des biens qu'ils doivent recueillir, en vertu des Subſtitutions faites par leurs aſcendans ou autres, ſi ce n'eſt que l'auteur de la Subſtitution eût ordonné expreſſément, que les enfans qui auroient encouru l'exhérédation,

ſeroient

feroient privés des biens par lui fubftitués, ou qu'ils ne foient dans un des cas où, par la difpofition des Ordonnances, ils font déclarés déchus & incapables de toutes fucceffions.

XXX. L'Article LIX de l'Ordonnance d'Orleans fera exécuté; & en conféquence toutes les Subftitutions faites, foit par contrat de mariage ou autre Acte entre-vifs, foit par difpofition à caufe de mort, en quelques termes qu'elles foient conçues, ne pourront s'étendre au-delà de deux degrés de Subftitués, outre le Donataire, l'Héritier inftitué ou Légataire, ou autre qui aura recueilli le premier les biens du Donateur ou Teftateur. N'entendons déroger par la préfente difpofition à l'Article LVII de l'Ordonnance de Moulins, par rapport aux Subftitutions qui feroient antérieures à ladite Ordonnance.

XXXI. Dans les Provinces où les Subftitutions avoient été étendues par l'ufage jufqu'à quatre degrés, outre l'inftitution, la reftriction à deux degrés portée par l'Article précédent, n'aura lieu que pour les Subftitutions qui y feront faites à l'avenir, fans qu'elle puiffe avoir effet à l'égard des Subftitutions faites dans lefdites Provinces, par des actes entre-vifs antérieurs à la publication des Préfentes, ou par des difpofitions à caufe de mort, lorfque celui qui aura fait lefdites difpofitions fera décédé avant ladite publication.

XXXII. N'entendons rien innover, quant à préfent, à l'égard des Provinces où les Subftitutions n'ont pas encore été reftreintes à un certain nombre de degrés, Nous réfervant d'y pourvoir dans la fuite, fur le compte qui Nous en fera rendu, ainfi que Nous le jugerons convenable pour le bien & avantage de nos Sujets defdites Provinces.

XXXIII. Les degrés de Subftitution feront comptés par têtes, & non par fouches ou générations, de telle maniere que chaque perfonne foit comptée pour un degré.

XXXIV. En cas que la Subftitution ait été faite au profit de plufieurs freres ou autres appellés conjointement, ils feront cenfés avoir rempli un degré, chacun pour la part & portion qu'il aura recueillie dans lefdits biens; enforte que fi ladite part paffe enfuite à un autre Subftitué, même à un de ceux qui avoient été appellés conjointement, il foit regardé comme rempliffant à cet égard un fecond degré.

XXXV. La difpofition des deux Articles précédens n'aura effet que pour les Subftitutions qui feront faites à l'avenir dans les Pays

où l'usage étoit de compter les degrés par souches, n'entendant rien innover en ce qui concerne les degrés qui restent à remplir des Substitutions faites dans lesdits Pays, par des actes entre-vifs antérieures à la publication des Présentes, ou par des dispositions à cause de mort, lorsque celui qui aura fait lesdites dispositions, sera décédé avant ladite publication.

XXXVI. Lorsque le grevé de Substitution aura accepté la disposition faite en sa faveur, soit expressément par des actes ou par des demandes formées en Justice, soit tacitement, en s'immiscant dans la possession des biens substitués, il sera censé avoir recueilli l'effet de ladite disposition; ensorte que le premier degré de Substitution soit compté après lui; ce qui aura lieu, encore qu'il eût revoqué lesdits actes, ou qu'il se fût désisté desdites demandes, ou les eût laissé périr ou prescrire, ou qu'il offrît de rendre les biens dont il se seroit mis en possession avec les fruits par lui perçus. Voulons que le contenu au présent Article soit pareillement observé dans chaque degré de Substitution, lequel sera censé rempli dans les mêmes cas par chaque Substitué.

XXXVII. Lorsque le grevé de Substitution aura renoncé à la disposition faite en sa faveur, sans s'être immiscé dans les biens substitués, ou qu'il sera mort sans l'avoir acceptée, ni expressément ni tacitement, suivant ce qui est porté par l'Article précédent, le Substitué du premier degré en prendra la place; ensorte que les degrés de Substitution ne seront comptés qu'après lui, & dans les mêmes cas de renonciation ou d'abstention d'un des Substitués, il ne sera point censé avoir rempli un degré, & celui qui sera appellé après lui prendra sa place, le tout encore que la renonciation ou l'abstention dudit grevé ou dudit Substitué n'eût pas été gratuite.

XXXVIII. N'entendons néanmoins que la disposition de l'Article précédent puisse avoir lieu dans le cas où les Créanciers du grevé ou du Substitué auroient été admis à accepter la disposition faite à son profit, ou à demander l'ouverture de la Substitution, au lieu de leurs Débiteurs, pour jouir pendant sa vie des biens substitués; auquel cas les degrés de Substitution seront comptés comme s'il avoit recueilli lui-même lesdits biens.

XXXIX. Voulons au surplus que les Héritiers, ayans cause, ou Créanciers de celui qui aura renoncé à la disposition ou à la Substitution faite en sa faveur, ou qui sera mort sans l'avoir acceptée expressément ou tacitement, & sans que ses Créanciers ayent

été admis à l'accepter pour lui, ne puissent exercer aucuns droits sur les biens substitués, au préjudice de ceux qui seront appellés après lui à la Substitution.

XL. Le fidéicommissaire, même à titre universel, ne sera point saisi de plein droit, encore que la Substitution eût été faite en ligne directe; mais il sera tenu d'obtenir la délivrance ou la remise du fidéicommis, & les fruits ne lui seront dûs en conséquence dudit fidéicommis, que du jour de l'acte par lequel l'exécution de la Substitution aura été consentie, ou de la demande qu'il aura formée à cet effet, sans qu'il puisse évincer les tiers possesseurs des biens compris dans la Substitution, qu'après avoir obtenu ladite délivrance ou remise, & avoir satisfait à ce qui sera prescrit par les Articles XXXV, XXXVI & XXXVII du Titre second de la présente Ordonnance.

XLI. Lorsqu'il échoira de procéder à la distinction des biens libres & des biens substitués, & à la liquidation des détractions, les Héritiers, représentans ou ayans cause de l'auteur de la Substitution, ou de celui qui en étoit chargé, auront la jouissance provisoire des biens faisant partie de la succession, jusqu'à ce que lesdites distinction & liquidation ayent été faites: à l'effet de quoi les Juges régleront le délai dans lequel il y sera procédé; & après l'expiration dudit délai, ils pourront ordonner que celui qui aura droit aux biens substitués sera mis en possession de tout ou partie desdits biens, ou y pourvoir autrement, ainsi qu'il appartiendra, suivant l'exigence des cas.

XLII. La restitution du fidéicommis faite avant le temps de son échéance par quelque acte que ce soit, ne pourra empêcher que les Créanciers du grevé de Substitution qui seront antérieurs à ladite remise, ne puissent exercer sur les biens substitués les mêmes droits & actions, que s'il n'y avoit point eu de restitution anticipée, & ce jusqu'au temps où le fidéicommis devoit être restitué; ce qui aura lieu même à l'égard des Créanciers chirographaires, pourvu que leurs créances ayent une date certaine avant ladite remise.

XLIII. Ne pourra pareillement ladite restitution anticipée nuire à ceux qui auroient acquis des biens substitués de celui qui aura fait ladite restitution, & ils ne pourront être évincés par celui à qui elle aura été faite, qu'après le temps où le fidéicommis auroit dû lui être restitué.

XLIV. L'hypotheque ou le recours subsidiaire accordé aux femmes sur les biens substitués, en cas d'insuffisance des biens

libres, aura lieu tant pour le fonds ou capital de la dot, que pour les fruits ou intérêts qui en seront dûs.

XLV. Ladite hypotheque aura lieu pareillement en faveur de la femme & de ses enfans, tant pour le fonds que pour les arrérages du douaire, soit coutumier ou préfix, à la charge néanmoins que si le douaire préfix excédoit le douaire coutumier, il sera réduit sur le pied dudit douaire coutumier, eu égard à la quantité des biens du mari, tant libres que substitués, sur lesquels le douaire devoit avoir lieu suivant la disposition des Coutumes.

XLVI. Dans les Pays où la stipulation de l'augment de dot est usitée, soit sous ce nom, ou sous celui d'agencement, de gain de survie, ou de donation à cause de noces, ladite hypotheque subsidiaire aura lieu, tant pour le principal que pour les intérêts dudit augment, & ce jusqu'à concurrence de la quotité qui est réglée par les Statuts, Coutumes & usages desdits Pays, sans néanmoins qu'en aucun cas la femme puisse exercer ladite hypotheque pour une plus grande quotité que le tiers de la dot, encore que l'augment fût plus considérable.

XLVII. En cas que les biens substitués soient situés dans des Pays régis par des Loix différentes, la femme du grevé de Substitution exercera ses droits à l'égard des biens situés dans les Pays où l'on observe le droit coutumier, ainsi qu'il est réglé par l'Article XLV; & à l'égard des biens situés dans les lieux où l'on suit le Droit écrit, suivant ce qui est porté par l'Article précédent.

XLVIII. La femme du grevé de Substitution n'aura aucun recours sur les biens substitués pour le préciput, la donation de bagues & joyaux, & généralement pour toutes les autres libéralités & stipulations non comprises aux Articles précédens, ni pareillement pour son deuil.

XLIX. Lorsque les biens qui sont propres à la femme en Pays coutumier, où ses biens dotaux dans les Pays de Droit écrit auront été aliénés de son consentement pendant le mariage, elle n'aura aucun recours pour raison de ce sur les biens substitués; ce qui sera observé, même dans les Pays où l'aliénation desdits biens est regardée comme nulle & de nul effet, sauf à elle à se pourvoir contre les détenteurs desdits biens, suivant les dispositions des Loix, Coutumes ou Statuts qui y sont observés.

L. Il n'y aura pareillement aucun recours sur les biens substi-

tués, pour l'indemnité de la femme, qui se sera obligée volontairement pour son mari pendant le mariage, quand même elle auroit acquitté en tout ou en partie les dettes ausquelles elle s'étoit obligée, & ce sans distinction entre le Pays où les obligations des femmes pour leurs maris sont réputées nulles, & ceux où elles sont regardées comme valables.

LI. En cas de contestation sur la suffisance ou l'insuffisance des biens libres, les Juges pourront ordonner que par provision la femme sera payée des intérêts de la dot, & des arrérages du douaire, ou intérêts de l'augment, agencement, gain de survie, ou donation à cause de noces, ou y pourvoir autrement, suivant l'exigence des cas.

LII. Toutes les dispositions des Articles précédens sur l'hypotheque subsidiaire des femmes, auront lieu également dans tous les degrés de Substitution, & en faveur de chacune des femmes, que ceux qui sont grevés de Substitution se trouveront avoir épousées successivement, sans néanmoins qu'aucune desdites femmes puisse exercer ladite hypotheque contre les enfans ou descendans d'un mariage antérieur au sien, lorsque ce seront eux qui recueilleront l'effet de la Substitution.

LIII. Lesdites dispositions seront pareillement observées, encore que l'auteur de la Substitution soit un parent collatéral, ou un étranger, pourvu néanmoins qu'elle soit faite en faveur des enfans du grevé, ou en faveur d'un autre, au cas que le grevé vienne à décéder sans enfans.

LIV. Les héritiers, successeurs ou ayans cause, & pareillement les Créanciers de la femme, pourront exercer au lieu d'elle l'hypotheque subsidiaire sur les biens substitués, encore qu'elle ne l'eût pas exercée elle-même.

LV. Les Adjudications par décret des biens substitués, ne pourront avoir aucun effet contre les Substitués, lorsque les Substitutions auront été publiées & enrégistrées suivant les regles qui seront prescrites par le Titre suivant; ce qui sera observé encore que le substitué eût un droit ouvert à ladite Substitution avant le décret, & même avant la saisie réelle, & qu'il n'eût point formé d'opposition audit décret, le tout si ce n'est que lesdits biens eussent été vendus pour les dettes de l'auteur de la Substitution, ou pour d'autres dettes ou charges antérieures à ladite Substitution.

LVI. Lorsqu'il y aura des biens féodaux ou censuels compris

dans une Substitution, elle ne pourra nuire ni préjudicier aux Seigneurs dont lesdits biens sont mouvans ; & en conséquence il en sera usé à l'égard de chaque nouveau possesseur des biens substitués, ainsi que s'il avoit pris la place du dernier possesseur desdits biens, par la voie de la succession ordinaire, ou par une donation ; ensorte que dans tous les Pays & dans tous les cas où les héritiers naturels & légitimes, où les Donataires sont sujets dans les mutations au paiement du droit de relief, ou autre droit Seigneurial, chaque Substitué soit pareillement obligé d'acquiter les mêmes droits, & réciproquement lorsque les héritiers naturels & légitimes, où les Donataires n'en sont pas tenus, les Substitués en seront pareillement exempts.

TITRE SECOND.

Des regles à observer par ceux qui sont grevés de Substitution ; des Juges qui en doivent connoître, & de l'autorité de leurs Jugemens.

ARTICLE PREMIER.

APRÉS le décès de celui qui aura fait une Substitution, soit universelle ou particuliere, il sera procédé dans les formes ordinaires à l'inventaire de tous les biens & effets qui composent la succession, à la requête de l'héritier institué ou légitime, ou du légataire universel, & ce dans le temps porté par les Ordonnances.

II. Faute par ledit héritier institué ou légitime, ou par ledit légataire universel de satisfaire à l'Article précédent, dans le cas où la Substitution ne seroit pas faite en sa faveur, celui qui devra recueillir les biens substitués, sera tenu dans un mois après l'expiration du délai marqué par ledit Article, de faire procéder audit inventaire, en y appellant, outre les personnes mentionnées ci-après, ledit héritier ou ledit légataire universel, qui seront tenus de lui en rembourser les fraix.

III. En cas de négligence de ceux qui sont dénommés dans les deux Articles précédens, voulons qu'il soit procédé audit inventaire, à la requête de notre Procureur au Siege de la qualité ci-après marquée, & aux fraix dudit héritier ou dudit légataire universel, s'il est ainsi ordonné.

IV. L'inventaire sera fait par un Notaire Royal en présence du premier Substitué, s'il est majeur, ou de son Tuteur ou Curateur, s'il est pupille, mineur ou interdit, ou du Syndic ou autre Administrateur, si la Substitution est faite au profit de l'Eglise, ou d'un Hôpital, Corps ou Communauté Ecclésiastique ou Laïque.

V. En cas que le premier Substitué soit sous la puissance paternelle dans les Pays où elle a lieu, & que le pere soit chargé de Substitution envers lui, il lui sera nommé un Tuteur ou Curateur à l'effet dudit inventaire; & si le premier substitué n'est pas encore né, il sera nommé un Curateur à la Substitution, qui assistera audit inventaire.

VI. Lorsqu'il y aura lieu de faire l'inventaire en Justice suivant les regles observées en cette matiere, il ne pourra y être procédé que de l'autorité du Bailliage, Sénéchaussée, ou autre Siege Royal ressortissant nuement en nos Cours de Parlement & Conseils supérieurs, dans l'étendue ou le ressort duquel étoit le lieu du domicile de l'auteur de la Substitution au jour de son décès, ou qui aura la connoissance des cas Royaux dans ledit lieu; ce qui sera exécuté encore qu'il y ait eu un scellé apposé par un autre Juge, lequel sera tenu audit cas de renvoyer les Parties dans le Siege de la qualité ci-dessus marquée, & ledit inventaire sera fait en présence de notre Procureur audit Siege, outre les personnes dénommées dans les deux Articles précédens.

VII. L'inventaire contiendra la prisée des meubles, livres, tableaux, pierreries, vaisselle, équipages & autres choses semblables; ce qui sera observé dans les Pays même où il n'est pas d'usage de faire ladite prisée, & il y sera procédé suivant les formes requises aufdits Pays, dans les cas où l'estimation des meubles ou effets mobiliers y a lieu; & à l'égard des Pays où ladite prisée se fait avec crue dans les inventaires, voulons que ladite crue soit toujours censée faire partie de la prisée, en ce qui concerne la liquidation des droits & charges de ceux qui seront grevés de Substitution.

VIII. Le grevé de Substitution sera tenu de faire procéder à la vente par affiches & encheres de tous les meubles & effets compris dans la Substitution, à l'exception néanmoins de ceux qu'il pourroit être chargé de conserver en nature, suivant la disposition des Articles VI & VII du Titre premier de la présente Ordonnance.

IX. Laiſſons à la prudence des Juges d'ordonner, s'il y échet, que le grevé de Subſtitution pourra retenir leſdits meubles & effets mobiliers, ou partie d'iceux, s'il demande à les imputer ſuivant ladite priſée en y ajoutant la crue, ſi ladite priſée a été faite avec une crue, ſur ce qui lui eſt dû pour ſes détractions ou autres droits, ſans qu'audit cas il ſoit tenu de les faire vendre, ni d'en faire emploi.

X. Il ſera fait emploi des deniers provenans du prix des meubles & effets qui auront été vendus, enſemble de l'argent comptant & de ce qui aura été reçu des effets actifs, & ce conformément à ce qui aura été ordonné par l'auteur de la Subſtitution, s'il a déſigné la nature des effets dans leſquels ledit emploi doit être fait.

XI. En cas que l'auteur de la Subſtitution n'ait pas expliqué ſes intentions ſur ledit emploi, leſdits deniers ſeront employés d'abord au paiement des dettes, & rembourſement des rentes ou autres charges, dont les biens ſubſtitués ſeroient tenus, ſi ce n'eſt qu'il fût plus avantageux à la Subſtitution de continuer de payer les arrérages deſdites rentes & charges, que d'en rembourſer les capitaux, ce que Nous laiſſons à la prudence des Juges; & le ſurplus ou le total, s'il n'y a pas des dettes, rentes ou charges que l'on puiſſe acquitter, ne pourra être employé qu'en acquiſition de fonds de terres, ou maiſons, ou en rentes foncieres ou conſtituées.

XII. Pour aſſurer ledit emploi, voulons que par la même Ordonnance qui autoriſera le grevé de Subſtitution, ou celui au profit duquel elle ſera ouverte, à entrer en poſſeſſion des biens ſubſtitués, ſuivant la diſpoſition des Articles XXXV & XXXVI ci-après, il lui ſoit enjoint de faire ledit emploi dans un délai qui ſera fixé par ladite Ordonnance; & ledit emploi ſera fait en préſence des perſonnes mentionnées aux Articles IV & V ci-deſſus.

XIII. Le grevé de Subſtitution ſera pareillement tenu de faire emploi des deniers qu'il pourra recevoir, ſoit du recouvrement des effets actifs, ſoit de la vente des Offices, ou en conſéquence de la liquidation qui en aura été faite en cas de ſuppreſſion ou de réunion ſuivant ce qui eſt porté par l'Article III du Titre premier, ſoit du rembourſement des rentes compriſes dans la Subſtitution, & ce dans trois mois au plus tard après qu'il aura reçu leſdits deniers, lequel emploi ſera fait ainſi qu'il a été ci-deſſus réglé, & en préſence des perſonnes mentionnées auſdits Articles IV & V, leſquels pourront faire à cet effet toutes les diligences néceſſaires.

XIV.

XIV. La disposition de l'Article précédent sera pareillement observée, en cas que l'emploi ait été fait en rentes rachetables, & qu'elles soient remboursées.

XV. Faute par celui qui sera chargé de Substitution d'avoir fait l'emploi ou le remploi, ou d'avoir observé les regles ci-dessus prescrites, il en demeurera responsable sur tous ses biens libres, ensemble de tous dépens, dommages & intérêts envers ceux qui sont appellés après lui à la Substitution, sans néanmoins que les Débiteurs des rentes qui auront été remboursés puissent être responsables du défaut d'emploi, lorsqu'il n'y aura point eu d'opposition formée entre leurs mains.

XVI. Tout ce qui a été ci-dessus réglé au sujet dudit emploi ou remploi, sera observé par chacun de ceux qui recueilleront successivement les biens substitués, & sans aucune distinction entre les Substitutions faites par une disposition à cause de mort, & celles qui seront contenues dans un acte entre-vifs.

XVII. Le Substitué aura hypotheque sur les biens libres de celui qui aura négligé de faire ledit emploi ou remploi, ou qui aura fait des aliénations des biens substitués, tant pour les sommes capitales qui lui seroient dues, que pour ses dépens, dommages & intérêts, à compter du jour que celui qui n'auroit pas fait ledit emploi ou remploi, ou qui auroit fait lesdites aliénations, aura recueilli les biens substitués.

XVIII. Toutes les Substitutions fidéicommissaires faites, soit par des actes entre-vifs, ou par des dispositions à cause de mort, seront publiées en Jugement, l'Audience tenant, & enrégistrées au Greffe du Siege où la publication sera faite; le tout à la diligence des Donataires, Héritiers institués, Légataires universels ou particuliers qui seront grevés de Substitution, même des Héritiers légitimes, lorsque la charge de la restitution du fidéicommis tombera sur eux dans les cas de droit.

XIX. La publication & l'enrégistrement des Substitutions seront faits au Bailliage, Sénéchaussée ou autre Siege royal ressortissant nuement en nos Cours de Parlement, ou Conseils supérieurs, dans l'étendue ou le ressort duquel étoit le lieu du domicile de l'auteur de la Substitution, au jour de l'acte qui la contiendra, si elle est faite par un acte entre-vifs, ou au jour de son décès, si elle est contenue dans une disposition à cause de mort; & pareillement dans les Sieges de la même qualité, dans l'étendue ou le ressort desquels seront situées les maisons & terres substituées, ou

les fonds chargés de rentes foncieres & autres droits réels qui feroient compris dans la Subſtitution.

XX. La diſpoſition de l'Article précédent aura lieu, encore que l'auteur de la Subſtitution eût ſon domicile, ou que les biens fuſſent ſitués en tout ou en partie dans une Juſtice ſeigneuriale reſſortiſſant immédiatement en nos Cours de Parlement, ou Conſeils ſupérieurs; auquel cas la publication & enrégiſtrement ſe feront dans le Siege royal de la qualité marquée par l'Article précédent, qui y a la connoiſſance des cas royaux.

XXI. Il ne pourra être procédé à l'avenir à la publication & enrégiſtrement des Subſtitutions, que dans les Sieges de la qualité marquée par les deux Articles précédens, encore que la Subſtitution fût antérieure à la publication de la préſente Ordonnance, ce qui ſera obſervé à peine de nullité.

XXII. Lorſque la Subſtitution comprendra des rentes conſtituées ſur Nous, ou ſur notre bonne ville de Paris, ou autres Villes, ſur le Clergé, ou ſur des Pays d'États, ou des Offices, elle ſera publiée & enrégiſtrée dans les Sieges de la qualité ci-deſſus marquée, tant du lieu où leſdites rentes ſe payent, ou dans lequel ſe fait l'exercice deſdits Offices, que du lieu du domicile de l'auteur de la Subſtitution.

XXIII. Dans le cas où l'emploi ci-deſſus ordonné aura été fait en acquiſition de maiſons ou terres, rentes foncieres, ou autres droits réels, ou en conſtitution des rentes mentionnées dans l'Article précédent: Voulons que, tant la Subſtitution, que l'Acte d'emploi, ſoient publiés & regiſtrés aux Sieges de la qualité marquée par les Articles XIX & XX, dans leſquels leſdites maiſons ou terres, ou les héritages chargés deſdites rentes foncieres ou droits réels ſont ſitués, ou dans leſquels leſdites rentes ſont payées; & en cas que la Subſtitution y eût été déja publiée & enrégiſtrée, il ſuffira d'y publier & enrégiſtrer l'acte d'emploi.

XXIV. Dans chacun des Sieges ci-deſſus marqués, il ſera tenu un Regiſtre particulier, qui ſera coté & paraphé à chaque feuillet, clos & arrêté à la fin par le premier Officier du Siege, ou en ſon abſence, par celui qui le ſuit dans l'ordre du Tableau; dans lequel Regiſtre ſeront tranſcrits en entier les contrats, donations, teſtamens, ou codicilles qui contiendront des Subſtitutions; à l'effet de quoi, la groſſe ou expédition deſdits actes ſera repréſentée, ſans qu'il ſoit beſoin d'en rapporter la minute.

XXV. Le Greffier ou Commis du Greffe sera tenu de donner communication dudit Registre, sans déplacer, à tous ceux qui la demanderont ; & pareillement d'en délivrer un extrait signé de lui, ou une expédition, toutes les fois qu'il en sera requis ; le tout sans qu'il soit besoin d'obtenir une Ordonnance du Juge à cet effet.

XXVI. Voulons que, suivant ce qui a été réglé par les Articles II, III & V de notre Déclaration du 17 Février 1731, il ne puisse être reçu par l'Officier qui cotera & paraphera ledit Registre, que dix sols pour ceux qui seront de cinquante feuillets, vingt sols pour ceux qui auront cent feuillets, & trois livres pour ceux qui en contiendront un plus grand nombre ; & ne pourra être pris par le Greffier que dix sols pour son droit de recherche, & pareille somme pour chaque extrait qui sera par lui délivré ; & s'il est requis de délivrer des expéditions entieres des actes enrégistrés, il lui sera payé par rôle de grosse le même droit qui se paie pour les expéditions en papier au Greffe du Siege.

XXVII. La publication & enrégistrement des Substitutions seront faits dans six mois, à compter du jour de l'Acte qui les contiendra, lorsqu'elles seront portées par un contrat de mariage, ou autre acte entre-vifs ; & du jour du décès de celui qui les aura faites, lorsqu'elles seront contenues dans une disposition à cause de mort.

XXVIII. Lorsque la Substitution aura été duement publiée & enrégistrée dans ledit délai de six mois, elle aura effet, même contre les Créanciers & les Tiers-Acquéreurs, à compter du jour de sa date, si elle est portée par un Acte entre-vifs, ou du jour du décès de celui qui l'aura faite, si elle est contenue dans une disposition à cause de mort.

XXIX. Pourra néanmoins être procédé à la publication & à l'enrégistrement des Substitutions après l'expiration dudit délai de six mois ; mais dans ce cas la Substitution n'aura effet contre les Créanciers & les Tiers-Acquéreurs, que du jour qu'il aura été satisfait ausdites formalités, sans qu'elle puisse être opposée à ceux qui auront contracté avant ledit jour.

XXX. Dans le cas marqué par l'Article XXIII, le délai de six mois ci-dessus prescrit, ne courra que du jour de l'Acte qui contiendra l'emploi des deniers provenans de la Substitution ; & lorsque la publication & enrégistrement requis par ledit Article auront été faits dans ledit délai, la Substitution aura effet sur les

biens mentionnés audit Article, à compter du jour dudit Acte, même contre les Créanciers & les Tiers-Acquéreurs; sinon elle n'aura effet contr'eux, à l'égard desdits biens, que du jour de la publication & enrégistrement.

XXXI. Toutes les aliénations faites par le grevé ou par un des Substitués, au préjudice de la Substitution, à compter du jour qu'elle doit avoir son effet contre les Créanciers & les Tiers-Acquéreurs, suivant les Articles précédens, ne pourront nuire aux Substitués; & en cas qu'ils revendiquent les biens aliénés, les Acquéreurs seront tenus de les délaisser, sauf leur recours sur les biens libres du Vendeur; ce qui sera observé, encore que le Substitué se trouve en même temps héritier pur & simple du Vendeur, sans néanmoins qu'en ce cas il puisse déposséder l'Acquéreur, qu'après l'avoir remboursé entiérement du prix de l'aliénation, frais & loyaux-coûts.

XXXII. Les Créanciers & Tiers-Acquéreurs pourront opposer le défaut de publication & d'enrégistrement de la Substitution, même aux Pupilles, Mineurs ou Interdits, & à l'Eglise, Hôpitaux, Communautés, ou autres qui jouissent du privilege des Mineurs, sauf le recours desdits Pupilles, Mineurs & autres ci-dessus nommés, contre leurs Tuteurs, Curateurs, Syndics, ou autres Administrateurs, & sans qu'ils puissent être restitués contre ledit défaut, quand même lesdits Tuteurs, Curateurs, Syndics, ou autres Administrateurs, se trouveroient insolvables.

XXXIII. Le défaut de publication & d'enrégistrement ne pourra être suppléé, ni regardé comme couvert par la connoissance que les Créanciers ou les Tiers-Acquéreurs pourroient avoir eu de la Substitution, par d'autres voies que celles de la publication & de l'enrégistrement: Voulons que le présent Article soit observé, à peine de nullité.

XXXIV. Les Donataires, Héritiers institués, Légataires universels ou particuliers, même les Héritiers légitimes de celui qui aura fait la Substitution, ni pareillement leurs Donataires, Héritiers institués ou légitimes, & Légataires universels ou particuliers, ne pourront en aucun cas opposer aux Substitués le défaut de publication & d'enrégistrement de la Substitution.

XXXV. Voulant assurer pleinement l'observation des regles ci-dessus prescrites pour la conservation des droits des Substitués, & pour la sûreté des Familles, Ordonnons qu'à l'avenir les Donataires, Héritiers institués, Légataires universels ou particu-

liers, qui feront grevés de Subftitution, ou ceux qui prendront leur place à leur défaut, ne pourront fe mettre en poffeffion des biens compris dans la Subftitution, qu'en vertu d'une Ordonnance du premier Officier des Sieges mentionnés dans les Articles XIX & XX, ou en fon abfence, de celui qui le fuit dans l'ordre du Tableau; laquelle Ordonnance ils ne pourront obtenir, qu'en rapportant l'Acte de publication & d'enrégiftrement de la Subftitution, comme auffi un extrait en bonne forme de la clôture de l'inventaire fait après le décès de l'auteur de la Subftitution.

XXXVI. La difpofition de l'Article précédent aura lieu pareillement à l'égard de ceux qui recueilleront la Subftitution, en cas que celui qui en étoit chargé n'ait pas fatisfait aux formalités prefcrites par ledit Article.

XXXVII. L'Ordonnance requife par les deux Articles précédens, fera donnée fur une fimple Requête, à laquelle fera attaché l'Acte de publication & d'enrégiftrement, enfemble l'extrait en bonne forme de la clôture de l'inventaire, & fur les conclufions de notre Procureur, fans qu'il foit néceffaire d'y appeller d'autres Parties; & fera fait mention expreffe defdits Actes dans le vu de ladite Ordonnance, dont la minute fera mife au Greffe; le tout à peine de nullité.

XXXVIII. Il fera payé à l'Officier qui rendra ladite Ordonnance quatre livres dix fols, à notre Procureur trois livres, & une livre dix fols au Greffier; leur défendons de prendre autres ou plus grands droits, à peine de concuffion.

XXXIX. La difpofition des Art. XXXV, XXXVI & XXXVII, fera obfervée, encore que l'exécution des difpofitions portant Subftitution eût été confentie par des Actes volontaires, lefquels ne pourront avoir aucun effet, qu'après que ceux au profit defquels ils auront été faits, auront fatisfait aufdits Articles, ce qui fera exécuté à peine de nullité.

XL. Voulons qu'il ne puiffe être rendu aucun Jugement fur les demandes qui feroient par eux formées en conféquence des Actes portant Subftitution, qu'après qu'il aura été fatisfait aufdits Articles, ce qui fera pareillement obfervé à peine de nullité.

XLI. Les fruits des biens, dont celui qui aura obtenu l'Ordonnance ci-deffus requife, fera autorifé à prendre poffeffion, lui appartiendront du jour qu'ils lui feront dus de droit, lorfqu'il aura fait procéder à la publication & enrégiftrement de la Subftitution dans le délai de fix mois ci-deffus prefcrit; finon il ne

pourra les prétendre que du jour de ladite publication & enrégiſtrement. Voulons que les fruits échus avant ledit jour, ſoient adjugés, & ceux qu'il auroit perçus, reſtitués par forme de peine à celui qui ſera appellé après lui à la Subſtitution; & s'il n'étoit pas encore né, à l'Hôpital du lieu où le Jugement ſera rendu, ou à l'Hôpital le plus prochain, s'il n'y en a point dans ledit lieu.

XLII. La peine de privation & reſtitution des fruits portée par l'Article précédent, ſera pareillement prononcée contre le grevé de Subſtitution, ou celui qui l'aura recueillie, lorſqu'il aura négligé de ſatisfaire aux regles preſcrites par le préſent Titre, ſur l'inventaire & ſur la priſée dans le cas où il en eſt tenu.

XLIII. La diſpoſition des deux Articles précédens ſera obſervée, encore que la Subſtitution fût faite au profit des enfans de celui contre lequel ladite peine ſera prononcée, & quoiqu'ils fuſſent ſous ſa puiſſance, dans les Pays où la puiſſance paternelle a lieu.

XLIV. N'entendons comprendre dans la diſpoſition des trois Articles précédens, les Pupilles, Mineurs ou Interdits, ni les Egliſes, Hôpitaux, Communautés, ou autres qui jouiſſent du privilege des Mineurs; & en cas que leurs Tuteurs ou Curateurs, Syndics ou autres Adminiſtrateurs, ayent négligé de ſatisfaire auſdites formalités, ils ſeront condamnés en leur propre & privé nom en telles ſommes qu'il appartiendra, au profit du premier appellé à la Subſtitution, ou de l'Hôpital ci-deſſus marqué.

XLV. Ceux qui ſeront tenus, ſuivant les regles ci-deſſus preſcrites, de faire procéder à l'inventaire & à la priſée, dans les cas où elle eſt requiſe, & à la publication & enrégiſtrement de la Subſtitution, ſeront tenus de ſatisfaire auſdites formalités, encore qu'ils prétendiſſent être en droit d'attaquer ladite Subſtitution, contre laquelle ils ne pourront ſe pourvoir qu'après les avoir remplies; ſans néanmoins que l'on puiſſe s'en prévaloir contre leur prétention, & ſauf, en cas qu'ils y réuſſiſſent, à être ordonné qu'ils ſeront rembourſés des frais par eux faits à ce ſujet.

XLVI. N'entendons par les diſpoſitions du préſent Titre concernant la publication & enrégiſtrement des Subſtitutions, rien innover par rapport à celles qui ſeroient antérieures à l'enrégiſtrement de l'Ordonnance de Moulins, en cas que les degrés preſcrits par les Ordonnances ne ſoient pas encore remplis; ni pareillement à l'égard des Subſtitutions faites dans les Pays où l'Or-

donnance de Moulins n'a pas été publiée avant l'enrégiſtrement des Loix qui y ont établi la formalité de la publication & enrégiſtrement. Voulons que l'Édit du mois de Juillet 1707, enſemble notre Déclaration du 14 Septembre 1721, enrégiſtrés en notre Parlement de Franche-Comté, & notre Déclaration du 22 Août 1739, enrégiſtrée en notre Parlement de Dauphiné, ſoient exécutés par rapport aux Subſtitutions faites dans leſdites Provinces avant les temps y mentionnés, le tout à la charge de ſe conformer, pour les publications & enrégiſtremens qui ſe feront à l'avenir, aux regles ci-deſſus preſcrites ſur les Juriſdictions, & ſur les formes dans leſquelles il doit y être procédé.

XLVII. Deſirant pourvoir au bien des Familles qui ſont intéreſſées dans les Subſtitutions, & leur épargner les frais auſquels elles ſeroient expoſées par la multiplicité des degrés de Juriſdiction : Voulons que toutes les conteſtations concernant les Subſtitutions fidéicommiſſaires, ſoient portées à l'avenir en premiere inſtance dans nos Bailliages, Sénéchauſſées, ou autres Sieges royaux reſſortiſſans nuement en nos Cours de Parlement & Conſeils ſupérieurs, à l'excluſion des Juges royaux ſubalternes, & de tous Juges Seigneuriaux, même de ceux qui reſſortiſſent nuement en nos Cours & Conſeils ſupérieurs, pour y être ſtatué ſur leſdites conteſtations, à la charge de l'appel en noſdits Parlemens & Conſeils ſupérieurs.

XLVIII. N'entendons préjudicier par l'Article précédent au Privilege de *Committimus*, lorſqu'il s'agira de demandes & conteſtations formées entre celui qui ſera appellé à la Subſtitution, & les héritiers ou repréſentans de l'auteur de la Subſtitution, ou de celui qui en étoit chargé, ſans que ledit privilege puiſſe avoir lieu à l'égard des demandes en revendication des biens ſubſtitués, ou en révocation des aliénations faites par les grevés de Subſtitution, lorſque leſdites demandes ſeront formées contre des Tiers-Détenteurs, encore que celui qui auroit formé leſdites demandes contr'eux, y eût mêlé des concluſions tendantes à faire déclarer la Subſtitution ouverte en ſa faveur.

XLIX. Il ne pourra être rendu aucun Jugement ſur ce qui concerne les Subſtitutions fidéicommiſſaires, & l'obſervation des regles preſcrites par la préſente Ordonnance, que ſur les concluſions de nos Avocats & Procureurs en premiere inſtance, & ſur celles de nos Avocats & Procureurs généraux en nos Cours, lorſque les conteſtations formées à ce ſujet y ſeront portées par

appel ou autrement. Voulons qu'il y ait ouverture de Requête civile contre les Arrêts qui feroient rendus fans conclufions de nofdits Avocats & Procureurs généraux.

L. Les Arrêts ou Jugemens en dernier reffort qui feront contradictoires avec le grevé de Subftitution, ou un des Subftitués, ou contre lefquels il ne pourroit être reçu à former oppofition, ne pourront être retractés, fur le fondement d'une tierce oppofition formée par celui au profit duquel la Subftitution fera ouverte, fauf à lui à fe pourvoir par la voie des Lettres en forme de Requête civile, lefquelles pourront être fondées, foit fur les ouvertures mentionnées dans l'Article XXXIV du Titre XXXV de l'Ordonnance du mois d'Avril 1667, foit fur la contravention à la difpofition de l'Article précédent, foit fur le défaut entier de défenfes, ou l'omiffion de défenfes valables de la part du grevé ou fubftitué antérieur.

LI. Le délai pour obtenir lefdites Lettres fera de fix mois, à compter du jour de la fignification qui aura été faite de l'Arrêt ou Jugement en dernier reffort, à la perfonne ou domicile du Subftitué, depuis l'ouverture de la Subftitution à fon profit, s'il eft majeur, ou à la perfonne ou domicile de fon Curateur, s'il étoit interdit : & fi le Subftitué eft pupille ou mineur, ledit délai ne fera compté que du jour de la fignification qui lui aura été faite après fa majorité.

LII. En cas que la Subftitution fût faite en faveur de l'Eglife, Hôpitaux, Corps ou Communautés Laïques ou Eccléfiaftiques, ledit délai fera d'un an, à compter du jour de la fignification qui fera faite depuis l'ouverture de la Subftitution à la perfonne ou domicile de leurs Syndics, ou autres Adminiftrateurs.

LIII. Les Actes contenant des défiftemens, tranfactions ou conventions, qui feront paffés à l'avenir entre celui qui fera chargé de Subftitution, ou qui l'aura recueillie, & d'autres Parties, foit fur la validité ou la durée de la Subftitution, foit fur la liquidation des biens fubftitués, & des détractions, foit par rapport aux droits de propriété, d'hypotheque, ou autres qui feroient prétendus fur lefdits biens, ne pourront avoir aucun effet contre les Subftitués ; & il ne pourra être rendu aucun Jugement en conféquence defdits Actes, qu'après qu'ils auront été homologués en nos Cours de Parlement, ou Confeils fupérieurs, fur les conclufions de nos Procureurs généraux, ce qui fera obfervé à peine de nullité.

LIV.

LIV. Les Arrêts qui auront homologué lesdits Actes, seront exécutés contre les Substitués, lesquels ne pourront se pourvoir contre lesdits Arrêts, que par la voie de la Requête civile, sur les moyens, & dans les délais ci-dessus expliqués.

LV. Les dispositions contenues dans le Titre premier de la présente Ordonnance, sur ce qui concerne la validité ou l'interprétation des Actes portant Substitution, la qualité des biens qui peuvent en être chargés, la durée des Substitutions, & l'irrévocabilité de celles qui sont portées par des Contrats de mariage, ou autres Actes entre-vifs, la maniere d'en compter les degrés, l'hypotheque subsidiaire des femmes mariées avant la publication des Présentes, & l'effet des décrets qui l'auront précédé, n'auront aucun effet rétroactif; & les contestations nées ou à naître à cet égard, seront jugées suivant les Loix & la Jurisprudence qui étoit observée auparavant dans nos Cours, lorsque la Substitution aura une date antérieure à la publication de la présente Ordonnance, si elle est portée par un Acte entre-vifs, ou si elle est contenue dans une disposition à cause de mort, lorsque celui qui l'aura faite sera décédé avant ladite publication.

LVI. Les dispositions du présent Titre, sur la nécessité & la forme de l'inventaire des effets des successions dans lesquelles il y aura des biens chargés de Substitution, n'auront effet qu'à l'égard des successions qui seront ouvertes après la publication des Présentes.

LVII. Les dispositions portées par le présent Titre, concernant l'Ordonnance que celui qui recueillera les biens substitués, doit obtenir, faute par le grevé ou le précédent substitué d'y avoir satisfait, n'auront lieu qu'à l'égard de ceux qui recueilleront à l'avenir des biens compris dans une Substitution qui n'auroit pas encore été publiée ni enrégistrée.

LVIII. Les regles prescrites par la présente Ordonnance, sur l'emploi ou le remploi des effets compris dans la Substitution, sur la publication & l'enrégistrement des Substitutions & des Actes d'emploi ou remploi, sur les Tribunaux qui doivent connoître des contestations formées au sujet desdites Substitutions, sur la maniere de se pourvoir contre les Arrêts ou Jugemens en dernier ressort, & sur l'homologation des transactions ou autres conventions faites avec ceux qui seroient chargés de Substitution, seront exécutées par rapport aux publications & enrégistremens, actes, demandes & procédures qui se feront après la publication

des Présentes, encore que la Substitution fût antérieure, ou que les Jugemens contre lesquels le Substitué voudroit se pourvoir, eussent été rendus auparavant : & à l'égard des publications & enrégistremens, actes, demandes & procédures qui auroient été faits avant la publication de la présente Ordonnance, il y sera pourvu en cas de contestation, suivant les Loix & la Jurisprudence qui ont été observées jusqu'à présent en nos Cours.

Voulons au surplus que la présente Ordonnance soit gardée & observée dans toute l'étendue de notre Royaume, Terres & Pays de notre obéissance, à compter du jour de la publication qui en sera faite. Abrogeons toutes Ordonnances, Loix, Coutumes, Statuts & Usages différens, ou qui seroient contraires aux dispositions y contenues.

SI DONNONS EN MANDEMENT à nos amés & féaux les Gens tenans nos Cours de Parlement, & Conseils supérieurs, Grand Conseil, Chambre des Comptes, Cour des Aides, Baillifs, Sénéchaux, & tous autres nos Officiers, que ces Présentes ils gardent, observent & entretiennent, fassent garder, observer & entretenir, & pour les rendres notoires à nos Sujets, les fassent lire, publier & registrer ; car tel est notre plaisir : & afin que ce soit chose ferme & stable à toujours, Nous avons fait mettre notre Scel à cesdites Présentes. DONNÉ au Camp de la Commanderie du Vieux-Jonc au mois d'Août, l'an de grace mil sept cent quarante-sept, & de notre Regne le trente-deuxieme. *Signé*, LOUIS ; *& plus bas*, par le Roi, PHELYPEAUX. *Visa*, D'AGUESSEAU. Et scellée du grand sceau de cire verte, en lacs de soie rouge & verte.

Registrée, oui, & ce requerant le Procureur Général du Roi, pour être exécutée selon sa forme & teneur ; & copies collationnées envoyées aux Bailliages & Sénéchaussées du Ressort, pour y être lue, publiée & registrée. Enjoint aux Substituts du Procureur Général du Roi d'y tenir la main, & d'en certifier la Cour dans le mois, suivant l'Arrêt de ce jour. A Paris en Parlement, le vingt-sept Mars mil sept cent quarante-huit.

Signé, YSABEAU.

PRIVILEGE DU ROI.

LOUIS, PAR LA GRACE DE DIEU, ROI DE FRANCE ET DE NAVARRE: A nos amés & féaux Conseillers, les Gens tenans nos Cours de Parlement, Maîtres des Requêtes ordinaires de notre Hôtel, Grand-Conseil, Prévôt de Paris, Baillifs, Sénéchaux, leurs Lieutenans Civils, & autres nos Justiciers qu'il appartiendra: SALUT. Notre amé *DALLES*, Imprimeur-Libraire à Toulouse, Nous a fait exposer qu'il desireroit faire imprimer & donner au public, un Ouvrage qui a pour Titre: *Compilation de toutes les Questions sur la Matiere des Substitutions, avec les Réponses de tous les Parlemens du Royaume; par Mr. VAQUIER, Avocat au Parlement de Toulouse:* S'il Nous plaisoit lui accorder nos Lettres de Privilege pour ce nécessaires. A CES CAUSES, voulant favorablement traiter l'Exposant, Nous lui avons permis & permettons par ces Présentes, de faire imprimer ledit Ouvrage autant de fois que bon lui semblera, & de le vendre, faire vendre & débiter par-tout Notre Royaume, pendant le temps de six années consécutives, à compter du jour de la date des Présentes. FAISONS défenses à tous Imprimeurs, Libraires, & autres personnes, de quelque qualité & condition qu'elles soient, d'en introduire d'impression étrangere dans aucun lieu de notre obéissance: comme aussi d'imprimer, ou faire imprimer, vendre, faire vendre, débiter, ni contrefaire ledit Ouvrage, ni d'en faire aucun extrait, sous quelque prétexte que ce puisse être, sans la permission expresse & par écrit dudit Exposant, ou de ceux qui auront droit de lui, à peine de confiscation des Exemplaires contrefaits, de trois mille livres d'amende contre chacun des contrevenans, dont un tiers à Nous, un tiers à l'Hôtel-Dieu de Paris, & l'autre tiers audit Exposant, ou à celui qui aura droit de lui, & de tous dépens, dommages & intérêts, A LA CHARGE que ces Présentes seront enrégistrées tout au long sur le Registre de la Communauté des Imprimeurs & Libraires de Paris, dans trois mois de la date d'icelles: que l'impression dudit Ouvrage sera faite dans notre Royaume, & non ailleurs, en beau papier & beaux caracteres, conformément aux Réglemens de la Librairie, & notamment à celui du dix Avril mil sept cent vingt-cinq, à peine de déchéance du présent Privilege; qu'avant de l'exposer en vente, le manuscrit qui aura servi de copie à l'impression dudit Ouvrage, sera remis dans le même état où l'Approbation y aura été donnée, ès mains de notre très-cher & féal Chevalier, Chancelier, Garde des Sceaux de France, le Sieur DE MAUPEOU; qu'il en sera ensuite remis deux Exemplaires dans notre Bibliotheque publique, un dans celle de notre Château du Louvre, & un dans celle dudit Sieur DE MAUPEOU; le tout à peine de nullité des Présentes: DU CONTENU desquelles vous MANDONS & enjoignons de faire jouir ledit Exposant & ses ayans causes, pleinement & paisiblement, sans souffrir qu'il leur soit fait aucun trouble ou empêchement. VOULONS que la copie des Présentes, qui sera imprimée tout au long, au commencement ou à la fin dudit Ouvrage, soit tenue pour duement signifiée, & qu'aux copies, collationnées par l'un de nos amés & féaux Conseillers, Secretaires, foi soit ajoutée comme à l'original. COMMANDONS au premier notre Huissier ou

Sergent sur ce requis, de faire pour l'exécution d'icelles, tous Actes requis & nécessaires, sans demander autre permission, & nonobstant clameur de Haro, Charte Normande & Lettres à ce contraires; car tel est notre plaisir. DONNÉ à Paris, le vingt-quatrieme jour du mois de Janvier, l'an de grace mil sept cent soixante-dix, & de notre regne le cinquante-cinquieme. Par le Roi en son Conseil. LEBEGUE.

Registré sur le Registre XVIII de la Chambre Royale & Syndicale des Libraires & Imprimeurs de Paris, N°. 1021, fol. 108, conformément au Réglement de 1723, qui fait défenses, Article XLI, à toutes personnes, de quelque qualité & condition qu'elles soient, autres que les Libraires & Imprimeurs, de vendre, débiter, faire afficher aucuns Livres, pour les vendre en leurs noms, soit qu'ils s'en disent les Auteurs, ou autrement, & à la charge de fournir à la susdite Chambre neuf Exemplaires, prescrits par l'Article CVIII du même Réglement. A Paris, ce 26 Janvier 1770.

BRIASSON, Syndic.

APPROBATION.

J'AI lu, par ordre de Monseigneur le Vice-Chancelier, un Manuscrit intitulé; *Compilation des Questions envoyées par Mr. le Chancelier d'Aguesseau aux Parlemens & Cours supérieures, pour avoir leur avis sur la matiere des Substitutions, avec les réponses des Parlemens & Cours Supérieures du Royaume sur cette matiere.* Cet ouvrage est d'autant plus utile, qu'en référant & rapportant chaque question, avec la réponse des Parlemens aux articles de l'Ordonnance du mois d'Août 1747, on y voit sous un seul rapport que la diversité des sentimens des Cours supérieures se trouve irrévocablement fixée sur une matiere aussi importante. Il y a même cet avantage dans cette Compilation, qu'elle est également nécessaire & utile aux pays régis par les coutumes, & aux pays du droit Écrit. A Toulouse le 29 Juin 1767.

DEJOLI.