

Traité du mariage, de la puissance paternelle, des usucapions et des prescriptions, suivant l'usage du Droit Romain, & du droit François. A Avignon, 1755.

Page de titre

Tables des questions et sections, contenues en ces Traités.

- Traité du Mariage

Question premiere. – De la forme & des solemnités du Mariage, où des conditions nécessaires pour contracter un Mariage legitime. 5

Section premiere. – Du consentement des parties. 6

Section II. – Du consentement des parens ou de celui des tuteurs & curateurs. 7

Section III. – De la publication des bans. 31

Section IV. – De la benediction nuptiale. 43

Question II. – Quelles personnes peuvent ou ne peuvent contracter Mariage, & quels en sont les principaux empêchemens. 61

Section I. – Droit Romain. 61

Section II. – Droit François. 70

Question III. – Des peines de ceux qui se marient contre les regles. Droit Romain. 143

Droit François. 144

Question IV. – De la dissolution du Mariage. 146

- Traité de la puissance paternelle. 153

Question premiere. – En quoi consiste la puissance paternelle, & à qui appartient-elle. 154

Droit François. 157

Droit coùtumier. 167

Question II. – Comment s'établit la puissance paternelle. 179

Section premiere. – Comment la puissance paternelle s'acquiert par le mariage. 180

Section II. – De la légitimation. Droit Romain. 196

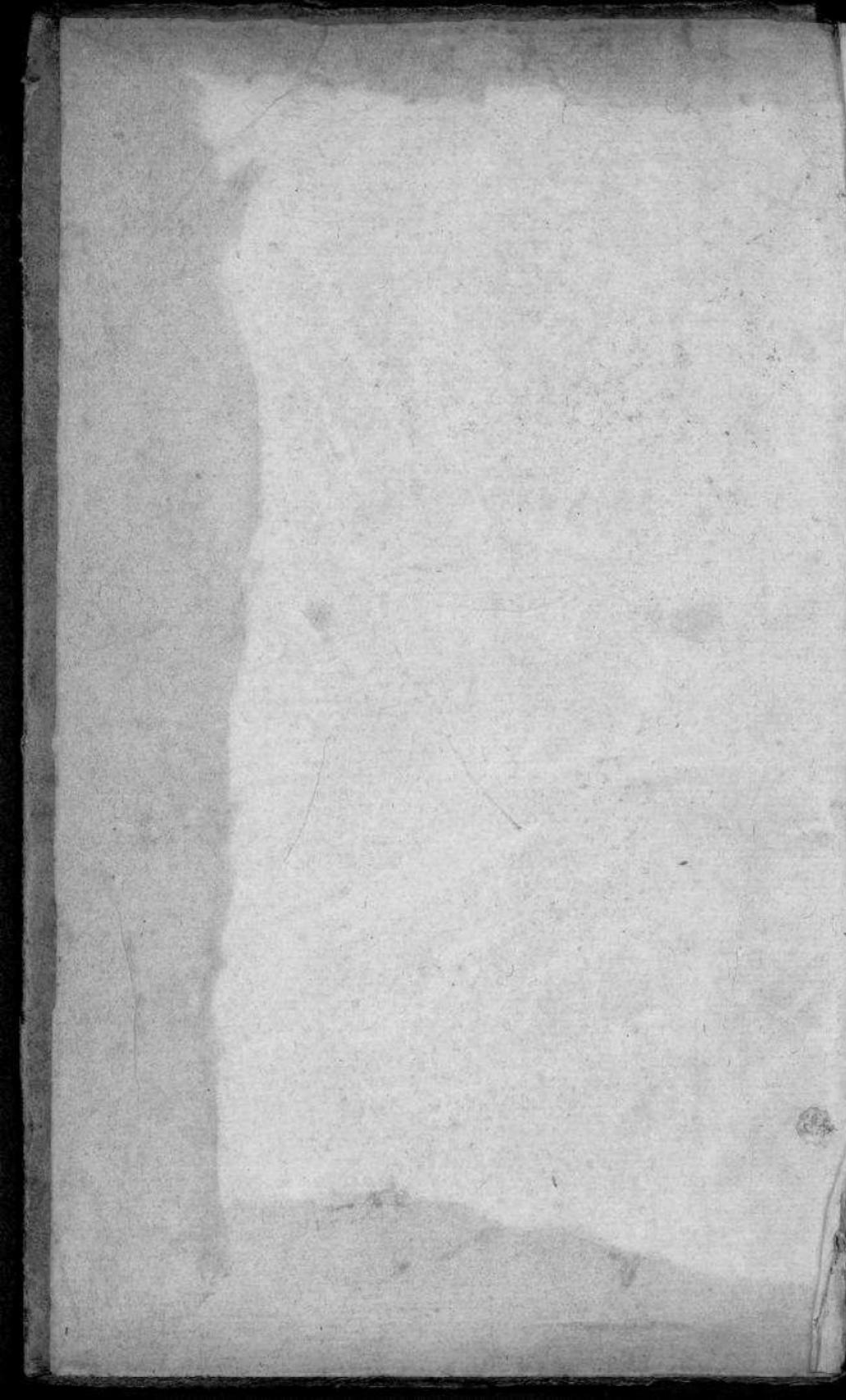
Droit François. 202

Question III. – Comment la puissance paternelle prend-elle fin. Droit Romain. 204

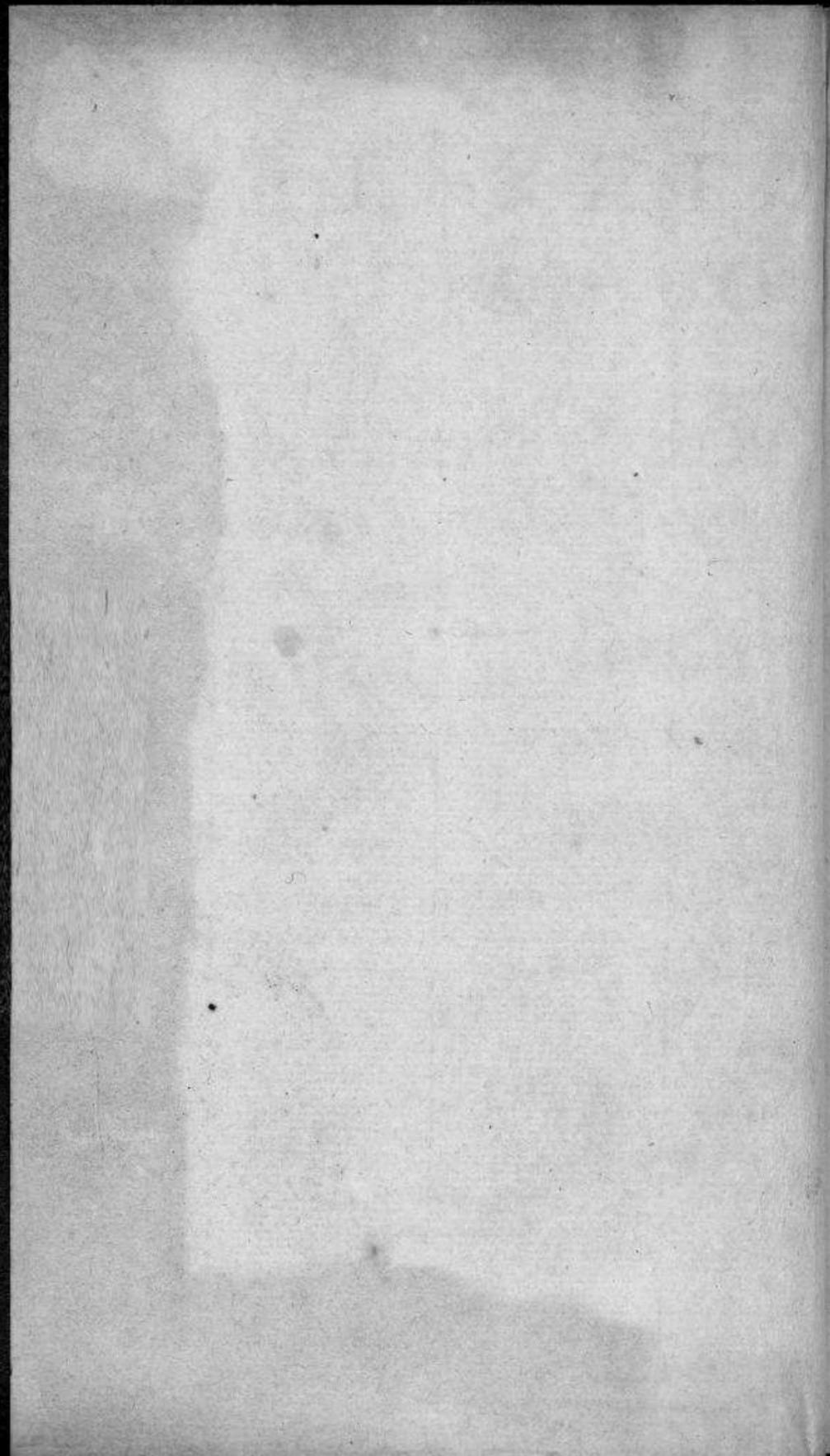
Droit François. 211

Droit coùtumier. 234

- <u>Traité des usucapions & des prescriptions.</u>	239
Question premiere. – Qu'est-ce que l'usucapion, & pourquoi a-t-elle été introduite.	240
Question II. – Quelles sont les conditions requises pour que l'usucapion ou la prescription ait lieu. Droit Romain.	243
Droit François.	254
Droit coutumier.	320



16,449



Res 16649

TRAITÉS
DU MARIAGE,
DE LA
PUISSANCE PATERNELLE,
DES USUCAPIONS
ET
DES PRESCRIPTIONS,

Suivant l'usage du Droit Romain, & du
Droit François.

Par Noble LOUIS ASTRUC, Professeur en
Droit François de l'Université de Toulouse.



A AVIGNON

Chez ALEXANDRE GIROUD,
de Sa Sainteté.



1755.

TRAITÉ
DU MARIAGE

DE LA

PUISSANCE PATERNELLE

DES TUTORIENS

ET

DES PERSOINNES

QUI SONT TENEUS EN DROIT ROMAIN
PAR LES FRANÇAIS

PAR MESSIEURS DE LAUNAY, Professeur
de Droit Français de l'Université de Toulouse



A PARIS CHEZ

M. LAUNAY, Libraire, Palais National
à l'Entree de la Bibliothèque

1757

T A B L E

D E S

QUESTIONS ET SECTIONS,

Contenuës en ces Traités.

TRAITÉ DU MARIAGE.

Q UESTION PREMIERE. <i>De la forme & des solemnités du Mariage, où des conditions nécessaires pour contracter un Mariage legitime,</i>	Page 5
SECTION PREMIERE. <i>Du consentement des Parties.</i>	6
SECTION II. <i>Du consentement des parens ou de celui des Tuteurs & Curateurs.</i>	7
SECTION III. <i>De la Publication des Bans.</i>	31
SECTION IV. <i>De la Benediction Nuptiale.</i>	43
Q UESTION II. <i>Quelles personnes peuvent ou ne peuvent contracter Mariage, & quels en sont les principaux empêchemens.</i>	61
SECTION I. <i>Droit Romain.</i>	61
SECTION II. <i>Droit François.</i>	70
Q UESTION III. <i>Des peines de ceux qui se marient contre les Regles. Droit Romain.</i>	I 43
<i>Droit François.</i>	144
Q UESTION IV. <i>De la dissolution du Mariage.</i>	146

T A B L E.

<i>Traité de la puissance Paternelle,</i>	page 153
QUESTION PREMIERE. <i>En quoi consiste la puissance Paternelle, & à qui appartient-elle,</i>	page 154
<i>Droit François.</i>	157
<i>Droit Coûtumier.</i>	167
QUESTION II. <i>Comment s'établit la puissance paternelle.</i>	179
SECTION PREMIERE. <i>Comment la puissance Paternelle s'acquiert par le Mariage.</i>	180
SECTION II. <i>De la Legitimation. Droit Romain.</i>	184
<i>Droit François.</i>	186
SECTION III. <i>De l'Adoption. Droit Romain.</i>	196
<i>Droit François.</i>	202
QUESTION III. <i>Comment la puissance Paternelle prend-elle fin. Droit Romain.</i>	204
<i>Droit François.</i>	211
<i>Droit Coûtumier.</i>	234
<i>Traité des Usucapions & des Prescriptions.</i>	p. 239
QUESTION PREMIERE. <i>Qu'est-ce que l'Usucapion, & pourquoi a-t-elle été introduite</i>	240
QUESTION II. <i>Quelles sont les conditions requises pour que l'Usucapion ou la Prescription ait lieu. Droit Romain.</i>	243
<i>Droit François.</i>	254
<i>Droit Coûtumier.</i>	320

Fin de la Table.



PRELIMINAIRE.

AUX termes du Droit Romain le Mariage n'est autre chose que la conjonction du mari & de la femme, contractée sur la foi d'un lien indissoluble : Viri & mulieris conjunctio individuan vita consuetudinem continens.

Cette conjonction doit ici être prise pour le consentement réciproque qui fait l'essence du Mariage, nuptiare enim non concubitus sed consensus facit, Leg. 30. ff. de reg. jur.

Ce terme de conjonction indique aussi la principale fin du Mariage qui est la naissance des enfans, & l'on ne sçauroit en avoir, sine corporum conjunctione; d'où vient que les personnes qui ne sont pas propres à la génération ne peuvent pas contracter des nœces légitimes, Leg. ii terva, §. i. ff. de jure dot.

Lorsqu'on a dit dans la définition du Mariage qu'il est contracté sous la foi d'un

PRELIMINAIRE.

lien indissoluble, *individuum vita consuetudinem continens*, on a eu pour objet l'esprit & le vœu des Contractans plutôt que la chose en soi; car le divorce étoit permis par le Droit Romain; mais ceux qui contractoient ne pensoient point dans cet instant même qu'ils pourroient user un jour de ce remede.

Au surplus, eu égard au Droit Civil il ne faut pas regarder les Nôces & le Mariage comme deux synonymes: le Mariage étoit regardé comme du droit des gens, & pouvoit par conséquent être célébré par des étrangers; c'est-à-dire, par des personnes autres que des Citoyens Romains; au lieu que les Nôces étoient propres du Droit Civil & par conséquent des Citoyens Romains; & cela, dit-on, à cause de plusieurs solemnités qui leur étoient particulieres, comme la conduite & l'entrée cérémonieuse de l'épouse dans la maison de l'époux, & autres dont il est parlé dans plusieurs textes du Droit, qu'il importe fort peu de sçavoir dans le détail.

Parmi nous comme parmi les Romains le Mariage est un Contrat civil; mais un Contrat élevé à la dignité du Sacrement, ce qui le rend indissoluble. *Quia*

PRELIMINAIRE.

quod Deus conjunxit nemo separat, Cana
quos caus. 33. quæst. 2.

L'Edit de 1639. renferme le peu de
mots, & avec beaucoup de noblesse, l'i-
dée que nous devons avoir de cet engage-
ment. " Les Mariages, dit-il, sont les
„seminaires des Etats, la source & l'o-
„rigine de la société civile, le fondement
„des familles qui composent les Répu-
„bliques; ils servent de principes à re-
„gler leur police & à la former: dans
„le mariage la révérence naturelle des
„enfants envers leurs parens est le lien de
„la légitime obéissance des Sujets envers
„le Souverain.

Pour ajouter à ce tableau il faut dire
que le Mariage est le symbole de l'union
de Jesus-Christ avec son Eglise, sui-
vant l'expression des Peres & des Sou-
verains Pontifes.

Pour expliquer avec ordre les matie-
res qui appartiennent à ce traité, nous
le diviserons en quatre Questions dont
voici le sujet.

1°. De la forme & des solemnités du
Mariage ou des conditions nécessaires pour
contracter un Mariage légitime.

PRELIMINAIRE.

2°. *Quelles personnes peuvent ou ne peuvent contracter Mariage, & en quels sont les principaux empêchemens.*

3°. *Quelles sont les peines de ceux qui se marient contre les règles.*

4°. *De la dissolution du Mariage.*





TRAITÉ
DU
MARIAGE.

QUESTION PREMIERE.

De la forme & des solemnités du Mariage, ou des conditions nécessaires pour contracter un Mariage légitime.

CINQ conditions sont absolument nécessaires pour la validité du Mariage. La première, c'est que les Parties soient capables de le contracter : La seconde, qu'ils ayent donné leur consentement : La troisième, que s'ils sont fils de famille ou encore

mineurs, ils ayent obtenu le consentement de leurs parens ou de leurs curateurs : La quatrième, que le Mariage soit précédé de la publication des Bans : La cinquième, qu'il soit accompagné de la Bénédiction nuptiale.

Nous aurons lieu d'expliquer plus au long la première de ces conditions dans la Question suivante ; les quatre dernières seront expliquées dans celle-ci, & feront le sujet d'autant de Paragraphes.

§. I.

Du consentement des Parties.

LE consentement des Parties est de l'essence ou de la substance du Mariage ; il faut par conséquent que ce consentement soit libre & éclairé par la connoissance de la personne avec qui l'on contracte ; car il n'est rien de plus contraire au consentement que la violence, la crainte ou l'erreur, *Leg. nihil, ff. de regul. jur.*

De là vient que les Mariages contractés par crainte, par erreur, par violence, par des impuberes, ou par des furieux, ne sont pas valables, ainsi que nous le

dirons en expliquant les différens empêchemens du Mariage.

§. II.

Du consentement des Parens ou de celui des Tuteurs & Curateurs.

LA seconde condition pour la validité des Mariages, est que si les Contractans sont fils de famille, ou que sans l'être ils soient encore mineurs, il faut que leur pere, mere, tuteur ou curateur ayent donné leur consentement.

Ce qu'on dit des tuteurs ou curateurs doit s'entendre, eu égard aux pais où il est de maxime que tutelle & curatelle n'est qu'un; car du reste pendant la tutelle proprement dite, il ne peut pas être question de Mariage.

L'examen de cette condition mérite un assez grand détail. J'aurai soin de vous expliquer ce qu'il y a de plus essentiel à cet égard.

Les Romains jugeoient comme nous le consentement des peres nécessaire; mais la Loi qui reprouvoit les Mariages des enfans de famille, faits sans le consentement de celui qui les avoit sous sa puis-

fance, ne les annulloit pas lorsqu'ils étoient une fois contractés ; & les peres dont l'autorité avoit été méprisée n'avoient pas la liberté d'exhereder leurs enfans pour cette cause, à moins qu'ils n'eussent époufé une femme d'une condition & d'un état deshonnête. C'est ce que *Fevret traité de l'abus*, liv. 5. chap. 2. n. 6. in fine a prouvé par beaucoup de textes du Droit.

Parmi nous & dans toute l'Eglise Catholique les Mariages des fils de famille, à l'insçu de leur père, mere, tuteur ou curateur, ont toujours été abhorrés & détestés, mais ils étoient valables ; néanmoins & les Juges royaux n'osoient en résoudre le lien ; c'est ce qu'on apprend encore dans *Fevret au lieu cité*, n. 7. & 8. & il en rapporte des exemples.

Le Concile de Trente ne remedia pas à ce mal dans le chap. 1. de la section 24. de reformatione. Il déteste comme l'on avoit fait ci-devant les Mariages dont il s'agit : *Sancta Dei Ecclesia ex justissimis causis ea semper detestata est & prohibuit.*

Mais du reste il ne veut pas qu'on puisse les dissoudre lorsqu'ils ont été une fois contractés, & lance anathême contre

Traité du Mariage. 9

ceux qui le soustiennent. *Damnandi sunt hi, qui falsò affirmant Matrimonia à filiis familias sine consensu parentum, contracta irrita esse & parentes tamen rata, vel irrita facere posse.*

En France tout cela a reçu des changemens notables, & infiniment avantageux pour le bien de la société civile, & pour la dignité même des Mariages. Je les explique.

Les Romains fondoient sur la seule puissance paternelle la nécessité du consentement des peres au Mariage de leurs enfans ; & ainsi parmi eux les fils émancipés, *tanquam soluti à patriâ potestate*, n'en avoient pas besoin non plus que du consentement des meres, parce qu'elles n'avoient pas cette sorte de puissance sur leurs enfans : nous en usons autrement dans ce Royaume, les fils & filles de famille émancipés ou non ne peuvent se marier valablement, du moins jusqu'à un certain âge sans le consentement de leur pere ou de leur mere ; en user autrement, ce seroit contrevenir à cette Loi divine, *honora patrem tuum matrem tuam*, quoique leur pouvoir soit inégal le même respect leur est dû.

Mais quand nous difons que le consentement des meres est nécessaire parmi nous, comme celui des peres, nous fupposons deux chofes ; la premiere, que la mere n'est point remariée ; car fi elle avoit passé à des fécondes nôces, l'Edit de 1556. dont nous allons bien-tôt parler, permet aux enfans majeurs ou mineurs fans distinction, de requérir fon consentement fans être obligés de l'attendre.

La seconde, que le pere soit mort ; car fi l'un & l'autre, c'est-à-dire, le pere & la mere étoient vivans le consentement du pere suffiroit seul, & l'on n'auroit point d'égard à l'opposition de la mere, la droite raison le veut ainsi ; & de plus le Parlement de Paris en chargea par exprès ses Registres lors de la vérification de l'Edit de 1556.

Le pouvoir des peres & des meres, si long-tems négligé dans ce Royaume, commença à reprendre le dessus par cet Edit qui est d'Henri II. il porte que, les
 „ enfans de famille qui avoient contracté,
 „ ou qui contracteroient ci-après des Ma-
 „ riages clandestins contre le gré, vouloir
 „ & consentement & à l'insçu de leur pere
 „ & mere, pourroient pour telle irréve-

rence, ingratitude, mépris, &c. être par leursdits pere & mere & chacun d'eux exhéredés & exclus de leur Succession, sans espérance de pouvoir querreller l'exhéredation qui seroit ainsi faite.

Que les peres & meres pour la même cause pourroient revoquer toutes & chacunes donations qu'ils auroient faites à leurs enfans. L'Edit ajoûte, que dans le cas de l'exhéredation prononcée par les parens, les enfans seront incapables, non-seulement de tous les avantages, profits & émolumens qu'ils pourroient prétendre par le moyen des conventions apposées ès Contrats de Mariage, mais encore de ce qui leur auroit appartenu par le bénéfice des Loix & Coutumes du Royaume. Cette clause étoit nécessaire; car autrement les enfans exhéredés eussent pû prétendre que l'exhéredation ne pouvoit tomber que sur les choses dont leurs parens avoient eu la libre disposition, & non sur celles dont la Loi & la Coutume des Lieux dispoient en faveur de leurs enfans.

L'Edit ordonne de plus que son effet seroit retroactif, & néanmoins qu'on

„ n'entendoit comprendre en sa disposition
 „ les Mariages qui avoient été consom-
 „ més avant qu'il fût publié par cohabi-
 „ tation charnelle , mais seulement les
 „ Mariages esquels on prétendoit le seul
 „ consentement , soit par paroles de pré-
 „ sent ou de futur , sans qu'il y eût coha-
 „ bitation ou conjonction charnelle.

Les Historiens tels que Mr. de Thou ,
 Mezeray & autres apprenent que par ces
 dernières dispositions on avoit eu en vûe
 de dégager le fils aîné du Connetable de
 Montmorancy des engagements qu'il avoit
 pris avec la Demoiselle de Piennes , & on
 ne peut, ce semble, s'élever contre des Au-
 teurs si graves qui attestent ce fait. Ce-
 pendant il paroît que le remede ne pour-
 voyoit pas au mal , puisque Henry II.
 n'annulloit pas les Mariages contractés
 malgré leurs parens ou à leur insçu , mais
 se contentoit de mettre en leurs mains la
 foudre de l'exhérédation : d'autre côté il
 est certain que l'Edit n'eut pas l'effet re-
 troactif , le Parlement de Paris modifia
 cet article lors du Registre de l'Edit , &
 qui plus est , le Roi consentit à cette mo-
 dification , & fit de nouveau sceller l'Edit
 après en avoir fait ôter l'article dont s'agit.

Vide le Recueil des Edits & Déclarations sur les Mariages, page 1. & suivantes.

Enfin l'Edit de 1556. contient une dernière disposition extrêmement importante ; elle est conçue en ces termes : „ Ne
„ voulons aussi & n'entendons compren-
„ dre les Mariages qui auront été & qui
„ seront contractés par les fils de famille
„ excédant l'âge de trente ans, & les filles
„ ayant l'âge de vingt-cinq ans passés &
„ accomplis, pourveu qu'ils se soient mis
„ en devoir de requérir l'avis & conseil
„ de leurs pere & mere. „ On a vû ci-de-
vant qu'il en étoit autrement par le même
Edit à l'égard des meres remariées.

L'Ordonnance de Blois qui vint ensuite apporta un remede plus effectif en cette matiere ; elle porte en l'article 40. ces termes remarquables : „ Enjoignons aux
„ Curés, Vicaires & autres de s'enquérir
„ soigneusement de la qualité de ceux qui
„ se voudront marier, & s'ils sont enfans
„ de famille, ou étant en la puissance d'au-
„ trui, nous leur défendons très-étroite-
„ ment de passer outre à la célébration
„ desdits Mariages, s'il ne leur apparoit
„ du consentement des peres & meres,
„ tuteurs, curateurs sous peine d'être

punis comme fauteurs du crime de Rapt.

Voilà qui portoit déjà sur la validité du lien qu'on est sans doute en droit de quérelér toutes les fois qu'il s'est formé au préjudice des défenses du Souverain. L'article 42. de la même Ordonnance indique néanmoins l'exception de l'âge, mais sans distinguer entre vingt-cinq & trente ans, eu égard à la différence du sexe, il ne parle que de vingt-cinq ans, tant pour les mâles que pour les filles.

L'Edit de 1606. article 12. l'Ordonnance de 1629. article 39. & celle de 1639. & l'Edit du mois de Mars 1697. ont déclaré d'une manière plus expresse encore les dignités de la puissance paternelle & maternelle en cette partie à l'égard de tous leurs enfans mineurs, fils, filles, émancipés, veuf: & il est remarquable que l'Ordonnance de 1639. ne parle, à l'égard des uns & des autres, que de la minorité de vingt-cinq ans. L'Edit du mois de Mars 1697. semble aussi les mettre de niveau.

La nullité des Mariages des fils & filles de famille mineurs, contractés sans le consentement de leurs peres & meres est

clair aux termes de ces différentes Ordonnances : elles portent toutes à-peu-près en mêmes termes : „ que l'Ordonnance de Blois sur les Mariages sera „ exactement observée ; & qu'en conséquence tous Mariages contractés contre la teneur de cette Ordonnance sont „ déclarés nuls & non valablement contractés , avec défenses à tous Curés & „ autres Prêtres séculiers ou réguliers , „ sous peine d'amende arbitraire , de célébrer aucuns Mariages des personnes „ qui ne sont de leur Paroisse sans la „ permission de leur Curé ou Evêque „ Diocésain , nonobstant tous privilèges „ à ce contraires. „ Les Ordonnances ajoutent que les Juges d'Eglise seront tenus de juger les causes de Mariage en conformité de leur disposition.

Tel est donc aujourd'hui le Droit Commun de la France ; les Mariages des enfans de famille malgré ou à l'insçu de leurs parens sont nuls , à moins qu'étant parvenus à l'âge competant , ils ayent fait à leurs pere & mere les soumissions respectueuses portées par l'Edit de 1556. car alors le Mariage est valable , & il n'y a pas même à craindre la foudre de l'exhérédation.

Mais quel est cet âge competent pour faire des actes, appellés vulgairement de respect? faut-il suivre la distinction de vingt-cinq ans & de trente ans suivant la différence des sexes? ou l'âge de vingt-cinq ans est il commun à l'un & à l'autre, & suffit-il pour les mâles comme pour les filles?

Cette question n'est pas sans difficulté. L'Edit de 1556. qui est le premier que nous ayons en cette matiere, fait la distinction de vingt-cinq & de trente ans, suivant la différence des sexes, eu égard à ces actes de respect. Les Ordonnances postérieures n'y dérogent pas nommément, mais il y en trois; sçavoir, l'Ordonnance de Blois, celle de 1629. & l'Edit du mois de Mars 1697. qui parlent de l'âge de vingt-cinq ans, tant pour les fils que pour les filles & veuves comme d'un âge commun, dès-là même qu'elles parlent du consentement des tuteurs & curateurs, c'est une indication, ce semble, qu'il suffit de cet âge de vingt-cinq ans, tant pour l'un que pour l'autre sexe; car toute tutelle & curatelle finit à l'âge de vingt-cinq ans.

Il est pourtant certain que le Parlement
de

de Toulouse est dans des principes contraires, & qu'il suit la distinction portée par l'Edit de 1556. Il y en a quelques Arrêts qu'on connoît par tradition au Palais, & l'on en observe un solemnel dans le Recueil de *Mr. de Catelan*, liv. 4. chap. 30. par lequel le Mariage contracté par un fils de famille majeur de vingt-cinq ans, mais mineur de trente avec une fille qui le tenoit en prison pour cause de dommages & intérêts *in casu gravidationis* fut déclaré nul & abusif, parce que le pere n'y avoit pas consenti.

Le Parlement de Paris en use tout autrement; & selon sa Jurisprudence, il ne faut que vingt-cinq ans sans distinction de sexe: *Journal des Audiences*, tom. 5. liv. 6. chap. 25. & liv. 7. chap. 48. *Augeard*, Recueil d'Arrêts de différents Tribunaux, tom. 1. chap. 42. *Bardet*, tom. 2. liv. 6. chap. 6. Il est vrai que dans le cas du Mariage du fils de famille majeur de vingt-cinq ans & mineurs de trente, on laisse au pere qui n'y a pas consenti la liberté d'exhéreder, mais le mariage tient.

Mais peut-on cumuler les deux peines prononcées par les Ordonnances lorsque le cas y étoit; sçavoir, l'exhéredation

& la nullité du Mariage , il semble qu'on pourroit l'induire de l'Arrêt rapporté dans le Journal des Audiences , tom. 3. liv. 8. chap. 19. mais le contraire a été précisément jugé par celui qu'on trouve dans Bardet au lieu préallegué , duquel il résulte que le pere n'a que le choix de l'une ou de l'autre de ces peines , & cette distinction paroît la plus raisonnable.

L'Edit de 1556. permet aux peres & aux meres d'exhéreder les enfans qui se sont mariés sans leur consentement avant l'âge de vingt-cinq ou de trente ans , suivant la distinction que vous connoissés.

Mais l'Ordonnance de 1639. article 2. passe bien plus avant ; elle ôte aux peres & aux meres la liberté de remettre ou pardonner l'injure qui leur a été faite par leurs enfans , comme s'agissant de la contravention aux Loix publiques du Royaume plutôt que de l'intérêt particulier des peres & des meres. „ C'est dans cet „ objet qu'elle déclare les fils & filles qui „ auront contrevenu privés & déchûs par „ le seul fait , ensemble les enfans qui „ naîtront de leurs Mariages , indignes & „ incapables à jamais de la succession de „ leur pere , mere , ayeuls & ayeules , &

de toutes autres directes ou collatérales, comme aussi des droits & avantages qui pourroient leur être acquis par contrat de mariage ou par testament, & même du droit de legitime.

L'Ordonnance ajoute cette clause penale : „ Que les dispositions qui seront faites au préjudice de celles qu'on vient de rapporter, soit en faveur des personnes mariées, ou par elles à profit des enfans nés de ces Mariages seront nulles & de nul effet & valeur, & que les choses ainsi données, leguées ou transportées, sous quel prétexte que ce fut, demeureroient acquises irrevocablement au fisc, sans que le Roi en pût disposer qu'en faveur des Hôpitaux ou autres œuvres pies.

Enfin, cette Ordonnance ne laisse au pouvoir & en la liberté des peres & meres d'exhéreder ou de ne pas exhéreder, que lorsque les fils âgés de trente ans & les filles de vingt-cinq auront contracté mariage sans requérir auparavant leur consentement. Ici revient cette distinction d'âge introduite par l'Edit de 1556. & néanmoins dans le même article toutes les dispositions pénales qu'on vient de

voir ne tombent nommément que sur les veuves, filles & fils mineurs de vingt-cinq ans qui auront contracté mariage sans le consentement de leurs parens.

Ces dispositions pénales ont paru si rigoureuses, que les Parlemens n'ont pas crû devoir s'y conformer à la lettre. On en peut juger par deux Arrêts du Parlement de Paris dont l'un est rapporté par *Soëve, tom. 2. cent. 1. chap. 66.* & l'autre dans le *Journal des Audiences, tom. 5. liv. 8. chap. 1.* Il en résulte que les peres & meres sont les seules personnes légitimes pour venger leur autorité méprisée, ou en attaquant le Mariage, ou en prononçant l'exhérédation; & que lorsqu'ils n'ont fait ni l'un ni l'autre, aucune des deux peines n'est à craindre. Messieurs les Gens du Roi sur les conclusions de qui ces Arrêts furent rendus, représenterent les inconveniens qu'il y auroit d'ôter à un pere la liberté de pardonner à ses enfans, & d'ôter aux enfans toute espérance de rentrer en grace avec leur pere, & ils ne craignirent point de dire que la peine prononcée par l'Ordonnance de 1639. étoit comminatoire; & c'est sur ce pied aussi que nous la regardons.

Mais si d'un côté la Jurisprudence des Arrêts est moins sûre que la disposition des Ordonnances, elle semble encherir & ajouter à leur rigueur d'un autre côté; car sous prétexte de l'Ordonnance de 1629. celle de 1639. & l'Edit de 1612. ils veulent que tous les Mariages contractés contre la teneur de l'Ordonnance de Blois soient déclarés non valablement contractés, & que l'Ordonnance de Blois exige le consentement préalable des peres & des meres. Les Parlemens ne se contentent pas de prononcer sur les effets civils des Mariages auxquels les parens n'ont pas consenti, mais ils déclarent les Mariages nuls & abusifs; font défenses aux Parties de se fréquenter, & leur permettent, par une conséquence nécessaire, de prendre d'autres engagements, permission qu'on met en effet communement à profit.

Mais cela se peut-il dans les règles? N'est-ce pas connoître de la validité d'un Sacrement confirmé même; ce qui ne scauroit être de la compétence des Juges, singulierement des Juges seculiers.

Les Auteurs qu'on verra cités ci-dessous sont merveilleusement embarrassés sur

cette difficulté ; les uns pour l'éviter soutiennent que les Parlemens ne font que déclarer les Mariages non-valablement contractés ; c'est-à-dire , juger de la validité du Contrat dont les Souverains peuvent sans contredit régler les conditions , mais c'est nier des choses notoires ; car les Parlemens , & singulierement celui de Toulouse , déclarent dans des cas de cette espèce y avoir abus dans la célébration du Mariage ; c'est-à-dire , dans la bénédiction nuptiale. Or c'est toucher , ce semble , au Sacrement ; & une preuve en effet qu'on juge qu'il ne subsiste plus , ce sont les défenses qu'on fait aux Parties de se fréquenter.

D'autres prennent un parti qui n'est pas plus raisonnable ; sçavoir , que les Sacramens étant composés de la matière & de la forme , & la matière de celui du Mariage , étant dans le Contrat civil dont la puissance séculière peut régler seule les conditions. Il résulte de là que dès que le Contrat civil est nul par contravention aux Loix du Prince , il n'y a point de Sacrement *defectu materiæ* ; & qu'ainsi les Parlemens en prononçant comme ils le font , ne touchent pas à la validité , & ne

l'infirmement pas , mais déclarent seulement qu'il n'y en a jamais eu , & que cela a été la figure abusive du Sacrement. On peut voir sur cela *Brodeau sur Louët , lettre M. n. 6. Fevret Traité de l'abus , liv. 5. ch. 1. n. 18. & 19. aux notes marginales. Gervais dans son Tr. de potest. Ecclesiast. & principum super impediment. Matrim. Van Espen de jure Ecclesiast. univers. part. 2. tit. 13. ch. 1. priusquam sit auctoritas Matrimonii ducendi.*

Tout ce qui vient d'être dit au sujet du consentement des parens , & autres conditions requises parmi nous pour la validité du Mariage , subsiste à l'égard des Mariages contractés dans les pais étrangers où le Concile de Trente est reçu , tant pour la discipline que pour le dogme ; car il suffit à ceux-ci pour les rendre valables , quoiqu'on y aye observé les préceptes du Concile de Trente , bien que contraires en quelques points à la disposition des Ordonnances de nos Rois.

Le Mariage d'un Français qui avoit pris femme en Lorraine fut déclaré bon & valable en France , nonobstant le défaut du consentement des pere & mere du Français , parce que le Mariage étoit d'ailleurs

selon les formes du Concile de Trente ; qui ne requiert pas le consentement par nécessité absolue, comme nous l'avons vû ci-devant, *Journal des Audiences, tom. 1. liv. 1. ch. 27.*

On trouve dans les Compilateurs des pareils Arrêts pour des Mariages faits en Savoye, en Angleterre, en Allemagne, à Avignon, en Amerique, *Lemaitre, plaidoyer 22. Journal des Audiences, tom. 3. liv. 2. chap. 17. Des Maisons, lett. V. n. 19. Soëve, tom. 2. cent. 4. chap. 71. & Boniface, tom. 1. liv. 5. tit. 3. chap. 3.* ce qui doit néanmoins s'entendre, pourveu que les choses se soient passées de bonne foi, & que le Mariage aye été contracté avec une étrangere : car si un François avec une Française faisoient partie pour s'aller marier hors du Royaume, au mépris de leurs parens, il ne faut pas douter que leur Mariage ne fut déclaré nul en France. On peut voir là-dessus *Boniface tom. 1. liv. 5. tit. 3. ch. 3.*

Il y a eu depuis ces Arrêts une Déclaration du Roi du 16. Juin 1685 qui défend le Mariage des François dans les pais étrangers ; elle ne changeroit néanmoins rien le cas y échéant à la Jurisprudence

qui vient d'être attestée, parce que Sa Majesté se contente d'y défendre, sous des peines très-rigoureuses, aux peres, meres, tuteurs ou curateurs de consentir que leurs enfans pupilles ou mineurs se marient en país étranger sans permission expresse du Roi.

Mais du reste Sa Majesté ne touche point à la validité des Mariages contractés au préjudice de ces défenses, ils subsistent conséquemment, & à plus forte raison ceux auxquels ces défenses ne sçauroient s'appliquer, comme ayant été contractés à l'insçu des peres & meres.

Nous avons vû que la peine de la nullité du Mariage, & celle de l'exhérédation, ne peuvent se cumuler, supposons que le pere, dont l'autorité a été méprisée, ait opté pour cette dernière peine, & qu'il aye exhéréde son fils sans attaquer le Mariage, & qu'ensuite le fils exhéréde soit mort avant le pere laissant des enfans de ce Mariage, l'exhérédation prononcée contre le pere passe-t-elle aux enfans, ou bien les enfans doivent-ils être regardés, eu égard aux biens de leur grand pere, comme ceux du premier degré pour succeder *ab intestat*, ou

recueillir *ex testamento*, en telle sorte que si l'ayeul les avoit préterits son testament fut cassable.

Fevret qui propose ces questions dans son traité de l'abus, *liv. 5. ch. 2. n. 14.* les refout toutes au profit des petits enfans après *Loüet & Chenu*, & prouve doctement par la disposition du Droit que l'exhéredation est personnelle, qu'elle s'évanouit par le prédecés de l'exhéredé sans que les enfans de celui-ci en puissent recevoir aucune sorte de préjudice.

Il arrive quelque fois qu'on a pere & mere, & qu'on ne peut néanmoins requérir leur consentement, soit parce qu'ils sont hors du Royaume pour cause de Religion, soit parce qu'ils sont fous ou furieux, comment doit-on procéder dans ces différens cas ?

Le premier est décidé par la Déclaration du Roi du 6. Août 1686. suivant laquelle les enfans mineurs peuvent se marier valablement sans être sujets même à la peine de l'exhéredation pour n'avoir point requis le consentement de leur pere & mere, pourvû que le Mariage aye été célébré de l'avis de six de leurs parens plus proches assemblés devant le Juge

du Lieu, ou de six de leurs voisins ou amis s'ils n'ont point de parens en France, & avec toutes les formalités prescrites par les saints Canons & par les Ordonnances.

A l'égard du second cas, il est décidé par la Loi 25. *Cod. de nuptiis*, qui prescrit une procédure à-peu-près pareille à celle qu'on vient d'expliquer dans le cas précédent, & qui seroit suivie si l'occasion s'en présentoit, sauf qu'on n'y appelleroit pas l'Evêque diocésain, comme cette Loi l'ordonne.

Nous avons parlé jusques ici de la partie des Ordonnances, qui requiert le consentement des peres & des meres, il nous faut parler à présent de celle qui requiert celui des tuteurs & curateurs, lorsque les mineurs n'ont ni pere ni mere, comme l'on ne peut pas espérer le même degré d'affection de la part de ceux-là, je veux dire, de la part des tuteurs & curateurs, & qu'on pourroit craindre qu'ils n'abusassent de leur pouvoir, les Ordonnances leur ont sagement défendu, à peine de punition exemplaire, de donner aucun consentement aux Mariages de leurs mineurs sans l'avis & conseil de leurs pa-

rens les plus proches, tant paternels que maternels.

Ces Ordonnances sont observées à la lettre dans les pais coutumiers; & l'on en trouve tout plein d'exemple dans les différens Recueils d'Arrêts, mais elles le sont peu dans les pais du Droit Ecrit, du moins dans le ressort du Parlement de Toulouse; & on en peut juger par les Arrêts que rapporte *Mr. de Catelan*, liv. 4. chap. 69. par lesquels des mineurs de vingt-cinq ans, sans distinction de sexe, ont été condamnés en des dommages & intérêts pour l'inexécution des promesses des Mariages, quoique consenties sans l'assistance du curateur & d'aucuns parens; & si la Jurisprudence étoit moins constante sur ce point, je pourrois la confirmer par beaucoup d'Arrêts rendus moi plaidant, avec cette différence néanmoins que l'inconstance des filles est punie par des indemnités plus légères que celles des hommes.

Cette Jurisprudence conforme aux Ordonnances Royaux trouve son fondement dans le Droit Romain, pour lequel nous avons toujours eu dans ces Provinces beaucoup d'attachement. La Loi *Incopulandis*

§. *Cod. de nuptiis*, a servi de motif aux Arrêts, *incopulandis nuptiis*, dit-elle, *curatoris qui solam rei familiaris sustinet administrationem nec cognatorum vel affinium ulla auctoritas potest intervenire sed spectanda est voluntas ejus de cujus conjunctione quæritur.*

Du reste, si les Ordonnances parlent indistinctement des tuteurs & curateurs, & se servent de ces expressions comme de deux synonymes (ce qui est très-contraire à nos mœurs) c'est parce que dans la plus grande partie de la France, & notamment dans le pays Coutumier, la tutelle n'est pas distinguée de la curatelle, ainsi que nous l'avons ci-devant observé.

Pour comprendre que les Arrêts dont nous venons de parler, & qui ont condamné le mineur de vingt-cinq ans en des dommages & intérêts pour l'exécution des promesses de Mariage par eux consenties, sans l'assistance du curateur, sont fondés uniquement sur ce qui regarde les mineurs *sui juris*, comme pouvant se marier valablement sans l'assistance du curateur & des parens, il n'y a qu'à observer que *è contrario*, toutes les fois que le cas s'est présenté, on a refusé d'adjuger

aucuns dommages & intérêts à raison de l'inexécution des promesses de Mariage consenties par les fils de famille mineurs sans le consentement de leurs pere & mere.

Il y en a trois Arrêts assez recents. Le premier, en faveur du sieur Mouret habitant de Toulouse, contre la Demoiselle Glaize. Le second, en faveur du sieur Pocheville aussi habitant de Toulouse, contre la Demoiselle de Melet ; & le troisiéme, en faveur du sieur Maynard Conseiller au Senéchal de Nîmes, contre la Demoiselle Belot ; & si dans l'espéce de l'Arrêt rapporté par M. de Catellan *liv. 4. ch. 63.* le fils de famille fut condamné en des dommages & intérêts, c'est qu'il avoit contracté ou consenti la promesse de Mariage âgé de plus de trente ans & dans un âge par conséquent à pouvoir se marier sans le consentement de ses pere & mere, pourveu qu'il l'eût préalablement requis : tel fut aussi le motif d'un Arrêt semblable rendu moi plaidant le 4. Mars 1730. par lequel le sieur Nougarede Receveur Général du Talion de la ville de Montpellier, fut condamné à 6000. liv. de dommages & intérêts envers la De-

moiselle d'Achier habitante de la même Ville, avec qui il avoit traité de Mariage âgé de plus de quarante ans, mais sans le consentement de sa mere que l'on avoit fait intervenir dans le procès pour requerr de son chef la cassation des articles, mais ce fut vainement, parce qu'il ne tenoit qu'à son fils de faire cesser l'obstacle en faisant des actes de respect.

§. III.

De la publication des Bans.

La troisième condition nécessaire pour la validité du Mariage, est la publication des bans dans l'Eglise Paroissiale des Parties contractantes pendant trois Dimanches ou jours de Fête distincts & séparés, avant de recevoir la bénédiction nuptiale.

C'est un ancien usage dans l'Eglise de France, ainsi qu'il paroît du *ch. cum in tua 17. extra desponsat. & matrimonio*, singulierement si l'on y rend ces paroles que le Compilateur en a retranchés, & que l'on retrouve dans l'ancienne collection d'Antonius Augustinus. Le Pape Innocent III. écrivant dans cette Décre-

rale à l'Evêque de Beauvais, lui parle de
*bannis secundum consuetudinem Ecclesiæ
 Gallicanæ edictis.*

C'est un homme, pour nous, selon les Auteurs, que cet usage des bans ait passé de l'Eglise Gallicane à toutes les autres Eglises de la chrétienté, cela fut ordonné en 1215. par le quatrième Concile général de Latran tenu sous le même Innocent III. & sa disposition à cet égard est inserée dans le Droit Canonique en la Décretale *cum inhibitio 3. extra de clandestina disponere.*

Le Concile de Trente s'est conformé à la disposition du Concile de Latran, ainsi qu'il paroît dans la section 24. chap. 1. de *reformatione inhærendo*, y est-il dit, *vestigiiis sacræ Lateranensis Concilii præcepit, sancta Synodus ut in posterum antequam matrimonium contrahatur, ter. à proprio contrahentium parochio tribus continuis diebus festivis in Ecclesia intermissarum solemnia publicè denuntietur, inter quot matrimonium sit contrahendum quibus denuntiationibus factis si nullum legitimum opponatur impedimentum ad celebrationem matrimonii in facia Ecclesiæ procedatur.*

Ces termes *si nullum legitimum opponatur impedimentum*, nous découvrent le motif & l'utilité de la publication des bans : les intéressés instruits par ce moyen du traité de mariage, ont le tems de former leur opposition ; & il faut prendre garde que si l'opposition est formée par ceux qui prétendent y avoir mariage ou promesse entre eux de se marier, en ce cas s'agissant de *fæderè*, le Juge d'Eglise en doit connoître ; mais s'il y a opposition de la part de quelques tierces personnes fondées sur la puissance paternelle, parenté ou affinité de ceux qui se veulent marier : en ce cas c'est en Cour Sécularie & devant les Juges Royaux qu'il faut procéder, *Fevret Traité de l'abus*, liv. 5. ch. 2. n°. 33. & j'ai vû cette distinction observée au Palais en plusieurs cas, notamment dans la cause du sieur de Pignet gentilhomme du Quercy, pour qui je plaidois.

Nous avons vû la disposition des Loix de l'Eglise au sujet de la publication des bans, & nous observons ici que celles du Royaume y sont conformes. L'art. 40. de l'Ordonnance de Blois s'en explique ainsi.

„ Pour obvier aux abus & inconve-

,, biens qui arrivent des mariages clan-
 ,, destins , avons ordonné & ordonnons
 ,, que nos sujets de quelque état , qualité
 ,, & condition qu'ils soient , ne pourront
 ,, valablement contracter mariage sans
 ,, proclamation précédentes des bans fai-
 ,, tes par trois divers jours de Fête avec
 ,, intervalle compétant , dont on ne pourra
 ,, obtenir dispense , sinon après la première
 ,, publication faite , & ce seulement pour
 ,, quelque urgente & légitime cause ,
 ,, & à la requisition des principaux & plus
 ,, proches parens des Parties contractan-
 ,, tes. ,, Le Concile de Trente dans le
 ch. cité avoit autrement statué concernant
 les dispenses des bans ; car il permet-
 toit aux Evêques à qui il faut s'adresser
 en pareil cas de dispenser même de trois
 publications si la chose lui paroïssoit juste
 & nécessaire ; mais pareille dispense , quand
 le cas est arrivé , a été jugée abusive
 dans ce Royaume , *Fevret au lieu ci-de-
 vant cité , n. 28.* ce qui faut néanmoins
 prendre avec le temperament qu'on verra
 ici après.

L'Ordonnance de Blois , article 40. en
 ordonnant les trois publications des bans ,
 dit seulement qu'elles seront faites par

trois divers jours de fête, sans expliquer en quel lieu ni par qui. Le Concile de Trente étoit entré dans un plus grand détail, c'est *intermissarum solemnia* & à *proprio Parocho*, qu'il veut que ces proclamations soient faites.

Il y a eu des Auteurs néanmoins, qui fondés sur le silence de l'Ordonnance, ou sur des raisons de parité, ont crû que les bans pouvoient se publier également hors l'Eglise ou dans l'Eglise; *modo ad sit magnus concessus populi*, comme à la sortie de la Messe de paroisse ou à la sortie de Vêpres. D'autres ont entrepris de faire ces publications par le ministère d'un Sergent, du moins lorsque le Curé refusoit; mais tout cela a été pros crit par les Arrêts que rapporte Fevret au lieu cité, n. 23. 24. & 25. L'Ordonnance de 1639. article 1. avoit d'ailleurs décidé par exprès que les Curés feroient la publication des bans.

Lorsque les Contractans sont domiciliés dans des différentes paroisses, les bans doivent être publiés dans l'une & dans l'autre; & si l'un d'eux avoit plusieurs domiciles, il faudroit faire la publication dans celui où il reside plus long-tems, &

qui fait ce que nous appellons son principal manoir. *Barbosa de officio & potestate Episcoporum*, part. 2. alleg. 2. *Van-Espen, traité de jure Ecclesiast. univ.* part. 2. n. 8. tit. 12.

Mais comment s'établit & se constitue ce domicile ? N'y a-t-il pas des règles sur ce point qui préviennent les fraudes qui s'y pourroient commettre ? Il y en a vraiment de très-expresses dans l'Edit du mois de Mars 1697. lequel défend à tous Curés & Prêtres, tant séculiers que réguliers, de conjoindre en mariage autres personnes que ceux qui sont leurs vrais & ordinaires paroissiens, demeurant actuellement & publiquement dans leur paroisse, au moins depuis six mois. A l'égard de ceux qui demeuroient auparavant dans une autre paroisse de la même Ville ou dans le Diocèse, & depuis un an pour ceux qui ne demeuroient pas dans le même Diocèse ; mais dans un autre si n'est qu'ils n'ayent une permission spéciale & par écrit du Curé des Parties qui contractent, ou de l'Archevêque ou Evêque diocésain.

Voilà pour ceux qui sont pleinement *hic juris*. Mais quelles sont les règles des

filz de famille & des mineurs, l'Edit du mois de Mars 1697. déjà cité nous l'apprend ; il déclare que le domicile des filz & filles, & mineurs de vingt-cinq ans, pour la célébration du Mariage, est celui de leur pere & mere ou de leur tuteurs & curateurs ; & en cas qu'ils ayent un autre domicile, de fait il est ordonné que les bans seront publiés dans les paroisses où ils demeurent, & dans celles de leurs pere, mere, tuteurs & curateurs.

Voilà bien des questions concernant la publication des bans, il nous en reste encore une plus importante. Les bans sont-ils de l'essence du Mariage, de telle sorte que cette condition manquant il soit nul ; ou bien n'est-ce qu'une nécessité de précepte qui ne touche pas à la substance du lien ? Les Auteurs se sont merveilleusement partagés là-dessus, ainsi qu'on peut le voir dans *Louët & Brodeau, lett. M, somm. 6. Fevret traité de l'abus, liv. 5. chap. 2. n. 19. & suivant. Et dans Gerbais Docteur de Sorbonne en son traité du pouvoir de l'Eglise & des Princes, concernant les empêchemens de Mariage. Dans Van-Espen, part. 2. tit. 12. ch. 3.* Mais enfin les choses en sont reduites-là par la

Jurisprudence des Parlemens du Royaume, que le défaut de publication des bans n'évite pas le Mariage des majeurs libres & *sui juris*, ni par la voye de l'abus ni autrement, & que ce n'est plus qu'un moyen contre le Mariage des mineurs & des fils de famille, parce qu'à leur égard c'est une sorte de présomption très-forte de subordination. *Journal des Audiences*, tom. 1, liv. 2. chap. 122. & tom. 5. liv. 7. ch. 14. *Journal du Palais*, tom. 1. pag. 325. Brodeau sur Loüet, lett. M, somm. 6. Soefve, tom. 1, cent. 1. chap. 6. Bardet, tom. 2. liv. 2. chap. 52. & liv. 7. chap. 38. Tournet, lett. B. n. 9. Hericourt dans ses Loix Ecclesiast. part. 3. chap. 5. n. 21.

Cette Jurisprudence qui s'est établie insensiblement, & par succession de tems, paroît fondée en raison; car l'Ordonnance de Blois, qui la premiere de toutes, ordonne la publication des bans, ne l'ordonne que sous les peines portées par les Conciles. L'Edit de 1606. article 12. & l'Ordonnance de 1629. article 39. déclarent véritablement nul & non valablement contractés tous les Mariages qui se feront contre la forme prescrite en l'article 40. de l'Ordonnance de Blois, mais ce

n'est pas pour y rien ajoûter ; ainsi il faut toujours revenir aux peines des Conciles dont parle cette Ordonnance, & dont l'Edit de 1606. parle aussi. Or ces Conciles sont ceux de Latran & de Trente, ne portent pas la peine de nullité dans le cas du défaut de publication des bans ; & quoique la chose soit claire par la lettre, la Congregation des Cardinaux proposés pour l'explication du dernier de ces Conciles s'en est expliquée elle-même très-nettement sur ces mots : *Publice denunciantur* du chap. 1. de la sect. 24. de *reformare* dont il s'agit ici, *etsi denuntiatio*, dit-elle, *omitterentur tamen Matrimonium irritum non est, servatis tamen cæteris requisitis, Congregatio Concilii sensuit Matrimonium contractum non præmissis denuntiationibus nisi aliud ob stet irritum non esse.*

Le Concile de Latran, auquel celui de Trente s'est conformé, renferme pourtant une peine dans le cas de l'omission des bans, mais elle est toute autre que la nullité, c'est de constituer les Mariés sans proclamation en mauvaise foi dans le cas qu'il y eut entre eux quelque empêchement canonique, & de rendre les enfans inhabiles & incapables de leur succéder,

malgré l'ignorance même où ils pourroient être de l'existence de cet empêchement. C'est ce qu'on lit dans le chap. *Cum inhibitio extra de clandestina desponsatione*, Extrait du Concile de Latran.

Cette peine du Concile de Latran n'a pas lieu parmi nous, du moins lorsqu'il s'agit du Mariage des majeurs & *sui juris*; car nous avons observé qu'il étoit inébranlable malgré le défaut de publication des bans; d'où il résulte qu'il a tous ses effets civils pour la légitimité des enfans & droit de succéder, &c. à moins que l'empêchement qui étoit entre les Mariés, & qui leur étoit inconnu fût un de ces empêchemens que l'on appelle dérimant dont il sera parlé ci-après, & tel que l'ignorance & la bonne foi des Conjointes n'en peut éviter l'effet; mais il est clair qu'alors la privation des effets civils seroit produite par cet empêchement & non par le défaut de proclamation.

Il nous reste à observer sur cette matière, que l'omission des bans n'a jamais été d'aucune considération dans deux ou trois cas, pas même eu égard au tems où l'on étoit le plus jaloux de l'observation de ce précepte ecclésiastique.

Le premier est lorsque les Mariages ont été ordonnés par Arrêts ou par Sentences dont il n'y a pas eu d'appel ; c'est ce qui arrive souvent dans les affaires de grosseffe où l'on condamne le prévenu à des dommages & intérêts , sauf s'il aime mieux épouser , & s'il opte ce dernier, on fait célébrer le Mariage à la Chapelle du Palais. *Fevret traité de l'abus , liv. 5. ch. 2. n. 22. Loüet & Brodeau , lett. M , somm. 6. n. 11. & 27.* C'est un cas qui se présente souvent au Parlement de Toulouse , le tems même interdit par l'Eglise n'empêche pas cette célébration.

Le second est lorsqu'il s'agit des Mariages ordonnés par le Juge d'Eglise dont aucune des Parties ne reclame , *Brodeau ubi supra*. La raison en est dans l'un & dans l'autre que l'époux a rendu la chose assez publique , & que les intéressés ont eu assez de tems pour faire leurs oppositions s'il y avoit lieu.

Le troisième est lorsqu'il s'agit des gens Vagabonds par état , & qui n'ont point de domicile fixe , comme les Comédiens , les Opérateurs , &c. Le Concile de Trente s'est relâché à leur égard dans le *chap. 7. de la sect. 24. de reformatione*. Il enjoint

aux Curés de ne pas se rendre faciles à leur départir la Bénédiction nuptiale, de s'informer de leur état, & d'obtenir de leur Evêque diocésain la liberté de procéder; mais du reste il ne leur prescrit rien concernant la publication des bans; il est vrai que ce défaut n'est pas considérable, en égard à ces sortes de gens. Je l'ai vû juger ainsi dans une Cause où je plaidai dans mes premières années de Barreau pour le nommé *Lanouy* Opérateur, qui auroit bien voulu faire résoudre un Mariage qu'il avoit contracté sans publication de bans avec la nommée *Izabeau Vasselin*, & dans cet objet il avoit appelé à son secours la nommée *Magdelaine Raberssin* sa mere qui n'y avoit pas consenti du moins expressement; mais tout cela fut inutile, & par Arrêt il fut déclaré n'y avoir abus en la célébration du Mariage.

Voilà les observations les plus essentielles sur la matiere des bans ou proclamations. On appelle communement clandestin les Mariages qui ont été célébrés sans ces préliminaires, bien que cette dénomination convienne plus particulièrement à une autre espèce de Mariage dont je parlerai dans les suites, en vous expli-

quant les dispositions de l'Ordonnance de
1639.

§. IV.

De la Bénédiction nuptiale.

LA quatrième condition est que la publication des bans soit suivie de la Bénédiction nuptiale du propre Curé des Parties contractantes en présence des témoins, & cette condition est de l'essence & de la substance du Mariage, considéré même comme Sacrement ; en telle sorte que dès qu'elle manque les Mariages sont déclarés nuls, abusifs & non valablement contractés.

Ce n'est pas qu'on dispute sur cette condition ; car sur quoi les Théologiens & les Jurisconsultes ne disputent-ils pas ? Il y en a qui ont prétendu que les Curés des Parties n'étoient pas les Ministres de ce Sacrement, que c'étoit les Parties contractantes elles-mêmes qui l'étoient ; d'autres même ont voulu que depuis le Concile de Trente on eût besoin, tout au plus, de la présence du Curé pour être témoins ou acceptateur du consentement respectif des Parties ; ainsi qu'on peut

avoir sa présence en quelque lieu , de quelque façon & par quelqu'adresse que ce fût , & que les Contractans pûssent lui expliquer leurs volontés , *etiam Parocho invito & refutante*. Les Mariages contractés en cette forme étoient inébranlables, Tout cela est expliqué en détail par Van-Espen , *traité de jure Eccl. univers. part. 2. tit. 12. chap. 5*. On peut voir les Déclarations des Cardinaux qui paroissent avoir ramoli sur l'observation du Concile de Trente.

Nous ne l'avons pas fait en France, nos Rois ayant enjoint par leur Ordonnance l'observation du Concile en cette partie dont ils ont respecté les dispositions , les Tribunaux du Royaume s'y sont religieusement conformés ; il faut donc connoître les dispositions qui sont dans *le ch. 1. de la sect. 24. de reformatione ; qui aliter , y est-il dit , quam presento Parocho vel alio Sacerdote de ipsius Parrochi seu ordinarii licentiâ , & duobus vel tribus testibus matrimonium contrahere attentabunt eos sancta Synodus ad sic contrahendum omnino inhabiles reddit & ejus modi contractus irritos & nullos esse decernit prout eos presenti Decreto irritos facit & annullat ; la*

clause irritante ne sçauroit être plus expresse.

Il ne faut pas croire néanmoins qu'on puisse abuser des termes, *qui aliter quam præfente Parocho, &c.* pour en conclure que la présence suffit seule & sans bénédiction, car cette difficulté est prévenue par une disposition antérieure du même chapitre, qui après avoir parlé de la publication des bans, ajouta ces termes remarquables, *quibus denunciationibus factis si nullum opponatur impedimentum legitimum, ad celebrationem matrimonii in facie Ecclesiæ procedatur ubi Parochus viro & muliere interrogatis & earum mutuo consensu intellecto vel dicat, EGO VOS IN MATRIMONIUM CONJUNGO IN NOMINE PATRIS, &c. vel aliis utatur verbis juxta receptum unius cujusque Ecclesiæ Ritus.* La bénédiction est donc indispensable, & ce n'est que la forme qui en peut varier suivant la diversité des usages. L'Ordonnance de Blois, l'Edit de 1606. l'Ordonnance de 1629. & celle de 1639. ont ordonné l'exécution de toutes les parties de ce Decret, nous l'avons indiqué déjà, mais le feu Roi avoit porté même ses vûes en cette im-

portante matiere plus loin que ses prédécesseurs, & que le Concile, c'est dans l'Edit de 1697. & dans la Déclaration du mois de Juin de la même année dont nous avons parlé ci-devant.

Par l'Edit du mois de Mars 1697. „ Sa
 „ Majesté défend à tous Curés & Prêtres,
 „ tant séculiers que réguliers, de marier
 „ autres personnes que leurs vrais & or-
 „ dinaires Paroissiens demeurant actuelle-
 „ ment & publiquement dans leur Pa-
 „ roisse, „ nous vous avons expliqué plus
 haut depuis quel tems ce devoit être
 suivant les differens cas.

L'Edit ajoute (& cette exception est
 du Concile) „ si ce n'est que les Curés ou
 „ Prêtres ayent une permission par écrit du
 „ Curé des parties qui contractent, ou de
 „ leur Evêque Diocésain, il enjoint à tous
 „ Curés à cet effet & autres Prêtres qui
 „ doivent célébrer les mariages, de s'in-
 „ former avant de commencer les céré-
 „ monies par le témoignage de quatre
 „ personnes dignes de foi, & qui sça-
 „ chent signer leurs noms, s'il peut s'en
 „ trouver autant dans les lieux où l'on
 „ célèbre le mariage, du domicile, aussi-
 „ bien que de l'âge & de la qualité de

55 ceux qui contractent, veut que si au-
55 cuns Prêtres, tant séculiers que regu-
55 liers célèbrent sciamment & avec con-
55 noissance de cause, des mariages entre
55 des personnes qui ne sont effective-
55 ment pas de leur Paroisse, sans avoir
55 la permission par écrit des Curés de
55 ceux qui les contractent, ou de l'E-
55 vêque Diocèsain, il soit procedé contre
55 eux extraordinairement, & que outre
55 les peines Canoniques que les Juges
55 d'Eglise pourront prononcer contre
55 eux, les Juges Royaux les punissent
55 encore, sçavoir les Prêtres séculiers,
55 par la privation pendant trois ans des
55 revenus de leurs bénéfices s'ils en ont,
55 ou par le bannissement pendant pareil
55 tems s'ils n'ont aucun bénéfice, & en
55 cas de recidive par bannissement pen-
55 dant neuf ans, & les Prêtres reguliers
55 en les envoyant dans les Couvents de
55 leur Ordre, tels que leur Supérieur leur
55 assigneront hors des lieux qui seront
55 marqués par les Jugemens ou Arrêts,
55 pour y demeurer pendant le tems qui
55 sera ordonné, sans y avoir aucune char-
55 ge, fonction, voix active ni passive,
55 sans préjudice de plus grande peine en

„ cas de rapt fait avec violence , s'ils
 „ prêtent leur ministère pour célébrer
 „ des mariages entre les ravisseurs & les
 „ personnes ravies.

La Déclaration du mois de Juin 1697.
 „ permet aux Parlemens & autres Juges
 „ Royaux lorsqu'ils jugeront des causes
 „ ou des procès , dans lesquels il s'agira
 „ des mariages célébrés par-devant des
 „ Prêtres autres que les propres Curés
 „ des contractans , sans en avoir obtenu
 „ les dispenses nécessaires , & même sur
 „ les poursuites que les Procureurs du
 „ Roi en pourront faire d'office dans la
 „ première année de la célébration des
 „ prétendus mariages , d'obliger ceux
 „ qui prétendent d'avoir contracté des ma-
 „ riages de cette maniere , de se retirer
 „ par-devant leur Archevêque ou Evê-
 „ que , pour les rehabiler suivant les
 „ formes prescrites par les Saints Canons
 „ & par les Ordonnances , après avoir
 „ accompli la pénitence salutaire qui
 „ leur sera imposée , & telle que l'E-
 „ vêque ou Archevêque trouvera à pro-
 „ pos.

La même Déclaration „ permet aux
 „ Promoteurs des Evêques ou Archevê-
 „ ques

52 ques , lorsque les Procureurs du Roi
52 ou les parties intéressées ne fairont au-
52 cune procédure par-devant les Officiers
52 Royaux , de faire assigner devant les-
52 dits Archevêques ou Evêques dans le
52 terme ci-dessus , c'est-à-dire dans la
52 première année du mariage , & après
52 en avoir obtenu une permission ex-
52 presse d'eux ; les personnes qui vivent
52 & demeurent ensemble , & qui n'ont
52 point été mariés par les Curés des
52 Paroisses dans lesquelles ils demeurent ,
52 ou qui n'ont pas obtenu dispense pour
52 être mariés par d'autres Prêtres , aux
52 fins de représenter aux Prélats dans un
52 tems convenable les actes de célébra-
52 tion de leur mariage ; conséquemment
52 Sa Majesté veut qu'en cas que lesdits
52 Archevêques ou Evêques trouvent que
52 lesdits mariages n'ayent été célébrés
52 par les propres Curés des contractans ,
52 & qu'il n'y ait d'ailleurs aucun autre
52 empêchement légitime , ils puissent
52 leur enjoindre de les rehabliler dans
52 les formes prescrites par les Saintes Ca-
52 nons ; & par les Ordonnances , après
52 avoir accompli la pénitence salutaire
52 qui leur sera par eux imposée , même

de se séparer pendant un certain tems,
s'ils jugent que cela puisse être fait
sans un trop grand éclat, ce que le
Roi laisse à la prudence, & en cas que
ceux qui auront été assignés ne rap-
portent pas les Actes de la célébration
de leur mariage aux Archevêques ou
Evêques dans le tems qui leur aura
été marqué, la Déclaration ordonne
aux Officiers Royaux dans le ressort
desquels ils demeurent, sur l'avis que
lesdits sieurs Evêques ou Archevêques
leur en donneront, de les obliger à se
séparer par des condamnations d'aman-
de & autres peines plus grandes s'il est
nécessaire, & sans préjudice aux Ar-
chevêques ou Evêques de les exclure
de la participation aux Sacremens de
l'Eglise, après les Monitoires conve-
nables s'ils persistent dans leur desor-
dre.

Enfin la Déclaration, enjoint aux
Cours de Parlement de tenir la main
à ce que les Juges subalternes fassent
ponctuellement exécuter les Ordonnan-
ces desdits Archevêques & Evêques à
cet égard, & de donner ausdits Prélats
toute l'aide & secours qui dépendent de

» l'autorité que le Roi leur a confiée. »
Toutes ces dispositions sont importantes,
& donnent lieu à quelques reflexions.

La premiere, que lorsqu'il s'agit des mariages contractés *coram non proprio Parocho*, & dont les actes sont produits dans les procès, les Parlemens & même les autres Juges Royaux, ce qui se permettroit néanmoins difficilement, peuvent ordonner d'office, & dans la premiere année de leur célébration qu'ils seront rehabilités suivant les formes prescrites par les Canons.

La deuxieme, que les Gens du Roi en peuvent faire la poursuite dans le même délai.

La troisieme, qu'à leur défaut & à celui des personnes intéressées, les Promoteurs peuvent agir de leur chef devant les Supérieurs Ecclésiastiques aux fins de la même rehabilitation.

Mais il faut bien prendre garde que tout cela n'a lieu que dans le cas où il n'y a point de partie intéressée qui aye appelé comme d'abus de la célébration du mariage; car s'il y en avoit il n'est pas question alors d'ordonner la rehabilitation du mariage, il faut faire droit

au contraire sur l'appellation comme d'abus , & en conséquence déclarer le mariage non valablement contracté.

J'ai dit lorsqu'il n'y a point de partie intéressée : ces termes méritent d'être observés , car il ne faut pas croire qu'il suffise qu'un mariage soit abusif , pour qu'il soit permis de l'attaquer à quiconque le veut , cela se mesure sur l'intérêt qu'on y a , & ce n'est pas même toujours assez que d'y avoir intérêt , ainsi les contractans eux-mêmes ne sont pas écoutés lorsqu'il paroît qu'ils ont violé sciamment & librement les Loix de l'Eglise & de l'Etat ; car on implore vainement le secours des Loix qu'on a enfreint , ainsi sauf le cas du défaut de l'âge de l'impuissance & autres semblables où l'on n'a rien à imputer à la partie plaignante , les contractans ne sont pas recevables à attaquer eux-même leur mariage.

Les parties les plus legitimes pour en appeller comme d'abus sont , les peres , meres , tuteurs & curateurs , dont l'autorité a été méprisée , ce qui sera développé plus en détail dans l'examen de la condition suivante. Les collatéraux & les étrangers même y peuvent être reçus

excipiendo, & lorsqu'il s'agit de conserver des biens que des enfans prétendus leur veulent contester par la qualité d'enfans legitimes.

Mais quand je parle ainsi des collatéraux ou étrangers, j'entends qu'il s'agit du mariage contracté contre les regles, car s'il s'agit d'un mariage à contracter dont on veuille empêcher la bénédiction par des oppositions, il est certain que les parens collatéraux ni les étrangers à plus forte raison n'y sont pas recevables, & c'est ce qui a été ainsi jugé moi plaidant, en faveur du Sr. Baron de St. Chat, qui avoit contracté un mariage véritablement très-inegal auquel ses freres s'opposoient, car ils furent deboutés par Arrêt de leur opposition; *vide Boniface, tom. 4. liv. 5. tit. 1. ch. 9.* où cette matiere est discutée.

Ce que porte la Déclaration du mois de Juin 1697. au sujet des Promoteurs merite encore explication; car il ne faudroit pas conclure de cette liberté telle qu'elle leur est donnée & qu'on doit prendre *strictè* & à la lettre, qu'ils sont parties capables pour attaquer des mariages & en troubler la paix, *matrimonia alioquin concordantia turbare*, sous pré-

texte de contravention aux Loix de l'Eglise & de l'Etat, ni par la voye de l'appel comme d'abus au Parlement, ni par la voye ordinaire devant les Juges Ecclésiastiques. Cette prétention a été condamnée par les Arrêts, *Journal du Palais tom. 1. pag. 362. Journal des Audiences tom. 3. liv. 7. chap. 1.*

Reprenons notre sujet dont les digressions utiles nous avoient éloigné. Il est bien démontré par la disposition du Concile de Trente & de nos Ordonnances Royaux, que la bénédiction nuptiale est une condition essentielle de la validité des mariages, condition irritante dont le défaut les rend nuls & abusifs, & les Tribunaux du Royaume le jugent constamment; ainsi toutes les fois que l'occasion s'en offre, *Journal du Palais tom. 1. p. 583. & Journal des Audiences tom. 3. liv. 1. chap. 17. & liv. 8. chap. 9. & tom. 5. liv. 4. chap. 31.*

L'usage le plus ordinaire est, que la bénédiction nuptiale est départie à l'Eglise *intermissarum solemnia*, cependant comme le Concile ne le dit pas, ni les Ordonnances non plus, ce n'est pas une nullité qu'elle le soit, & en un autre tems & en un

autre lieu , il y a même des Auteurs graves qui ont prétendu que cette bénédiction n'étant pas un acte de Jurisdiction proprement , mais une fonction simplement Pastorale , le propre Curé pouvoit la remplir dans une Paroisse étrangere , *etiam renuente aut reclamante Parrocho istius Parrochiæ* , même dans un autre Evêché malgré l'Evêque , c'est ce que je ne voudrois pas garantir singulierement pour le dernier cas qui sentiroit fort la clandestinité , *Barbosa de Officio Episcop. part. 23. allegat. 3. Van-Espen part. 2. tit. 12. chap. 5. n. 17. § 26.*

Au reste , lorsque les contractans sont de diverses Paroisses , il suffit que la bénédiction nuptiale soit départie par le Curé de l'une des deux , c'est la Déclaration de la Congrégation des Cardinaux ; c'est la Doctrine des Auteurs *Fagnian sur le chap. quod nobis extra de desponsat. impub. Van-Espen ubi sup. n. 5.* c'est la pratique actuelle & constante de l'Eglise.

Pour ce qui est du nombre des témoins qui doivent assister à la bénédiction nuptiale , j'ai déjà dit que le Concile de Trente en requeroit deux ou trois : nos

Ordonnances en requierent quatre, elles veulent tout comme le Concile, que les Curés tiennent un Regître des mariages où ils feront signer les parties contractantes & quatre de ceux qui auront été présens, par où les parens deviennent des témoins valables; mais cela n'est guère exactement observé en aucun lieu, & il faut convenir que cette contrevention toute seule ne fourniroit pas un bon moyen d'abus, *Van-Espen, ubi sup. n°. 23. § 24.*

Avant le Concile de Trente & l'Ordonnance de Blois, on reconnoissoit deux sortes de fiançailles dont les effets étoient fort differens, fiançailles par paroles de présent, fiançailles par paroles de futur, cette dernière étoit ce que le Droit entend par *sponsalia* dans la Loi I. ff. de *sponsalibus sponsalia sunt mentis & repromissio futurarum nuptiarum*; & c'est comme nous l'entendons aujourd'hui.

Les fiançailles par paroles de présent étoient des vrais mariages qui se faisoient avec fort peu de cérémonie, la forme en est écrite dans le chapitre penultième *extra de sponsalibus: si intervium & mulierem*, y est-il dit, *legitimus consensus*

interveniat de presenti , ita , quod unus alterum mutuo consensu verbis consuetis expresso recipiat , utroque dicente , ego te accipio in meum , & ego in meam , vel alia verba consensum exprimentia de presenti . sive sit juramentum interpositum sive non , non licet alteri ad alia vota transire ; quod si fuerit , tunc matrimonium de facto contractum etiamsi sit carnalis copula subsequuta , separari debet , & primum in sua firmitate manere .

C'étoit ouvrir la voye à bien des desordres , & les Auteurs ont remarqué que le mal augmenta encore sous le Pape Gregoire IX. qui déterminâ, dit-on , *sponsalia de futuro transire in matrimonium per carnalem copulam subsentam* , & insensiblement on en étoit venu à ce point que la simple conjonction faisoit présumer le mariage , & que c'étoit les parties qui se refugioient devant les Juges d'Eglise pour les y contraindre , ce sont les citations que les Auteurs appellent *rati & presumpti matrimonii* , l'usage en a cessé depuis le Concile de Trente & l'Ordonnance de Blois , qui ont pris tant de précaution pour rendre les mariages publics , & en assurer l'état ; & s'il en a paru quelqueune

depuis elle a été déclarée abusive, *Louet lettre M. n. 6. Fevret Traité de l'abus, liv. 5. chap. 2. n. $\frac{27}{37}$ & suiv.*

Il est même bon d'observer que les Ordonnances de nos Rois n'abrogent pas seulement d'une manière indirecte l'usage des fiançailles par paroles de présent, & des citations qu'on faisoit en conséquence, comme le Concile de Trente & les Ordonnances en ont prononcé la nullité expressement & *individuo*. L'art. 44. de celle de Blois s'en explique ainsi : „ Dé-
 „ fendons à tous Notaires sous peine de
 „ punition corporelle de passer ou rece-
 „ voir aucune promesse de Mariage par
 „ paroles de présent. Il y a un Arrêt de
 règlement conforme rendu par le Parle-
 ment de Paris le 5. Septembre 1680.
 rapporté dans le Recueil des Edits & Dé-
 clarations sur le Mariage, pag. 32. On en
 trouve un autre semblable dans le même
 Recueil, p. 88. d'une espèce très-curieu-
 se; & enfin la Déclaration du 5. Juin 1697.
 entre encore dans un plus grand détail que
 tout ce qui avoit précédé. : „ Déclarons
 „ que les conjonctions des personnes,
 „ lesquelles se prétendront mariées, & vi-
 „ vront ensemble en conséquence des

» actes qu'ils auront obtenu du consen-
» tement reciproque avec lequel ils se
» sont pris pour mari & femme, n'em-
» porte ni communauté, ni douaire ni au-
» tres effets civils de quelque nature qu'ils
» puissent être en faveur des prétendus
» conjoints, ou des enfans qui en peuvent
» naître, lesquels nous voulons être pri-
» vés de toute succession, tant directe que
» collaterale; défendons à tous Juges sous
» peine d'interdiction, & même de priva-
» tion de leur Charge si nos Cours le
» trouvent ainsi à propos par les circon-
» stances des faits, d'ordonner aux No-
» taires de les expédier sous quelque pré-
» texte que ce puisse être, à peine de pri-
» vation de leur Charge, & d'être déclara-
» rés incapables d'en tenir aucune de Jus-
» tice dans les suites.

On a eu en vûe par cette dernière di-
position d'abolir les mauvais usages de quel-
ques Juges subalternes, qui sur les refus
des Curés d'administrer la Bénédiction
nuptiale enjoignoient aux Notaires de re-
tenir acte des sommations que leur en
faisoit les Parties, & de leur consente-
ment réciproque pour servir d'équipol-
lent à cette Bénédiction qui n'en peut re-

cevoir aucun. Le dernier Arrêt du Parlement de Paris, qu'on a ci-devant cité, tomboit sur cette espèce; & il y en a aussi parmi ceux qu'on a employé ci-devant pour établir qu'en France la Bénédiction nuptiale étoit une condition essentielle & irritante: c'est ce qu'on doit tenir pour très-constant, bien que dans les diverses compilations on trouve quelque Arrêt échapé qui en décide autrement.

A ce que nous avons dit sur ce paragraphe, il suffit d'ajouter qu'on ne peut procéder à la célébration du Mariage & à la Bénédiction nuptiale que peu dans certain tems de l'année, ainsi qu'on le verra sur la fin de la Question suivante.



QUESTION II.

Quelles personnes peuvent ou ne peuvent contracter Mariage, & quels en sont les principaux empêchemens.

IL importe de distinguer sur cette Question les règles du Droit Romain & celles du Droit Canonique ; qui en cette matiere est notre Droit François.

§. I.

Droit Romain.

Les nœces étoient regardées à Rome comme un contrat propre & particulier à ses Citoyens, à cause des solemnités qu'ils observoient : nous l'avons déjà dit.

De ce principe il suivoit que pour contracter des nœces proprement dites, il falloit que les Contractans fussent Citoyens Romains. Par le défaut de cette condition, il n'y avoit point de nœces entre les Esclaves, parce qu'ils sont incapables de tous les effets civils, & la société qui étoit entre eux s'appelloit *contubernium*,

L. 32. ff. de reg. jur. L. 3. Cod. de incest. nupt:

Par la même raison il n'y avoit point de nôces entre les étrangers, mais seulement Mariage, *quod est juris gentium*. En sorte que si un Citoyen Romain après avoir perdu les droits de la cité par la déportation, par exemple, se marioit & avoit des enfans, il étoit censé néanmoins être mort sans enfans eu égard aux effets civils, *Leg. 17. ff. ad S. C. Trebell.*

Une seconde condition nécessaire pour contracter Mariage, c'est que les Contractans soient puberes; c'est-à-dire, qu'ils aient l'âge de quatorze ans accomplis pour les mâles, & douze pour les filles.

Ces deux conditions ne sont pas même suffisantes pour que les Contractans soient capables du Mariage, il falloit outre cela qu'il n'y eut point d'empêchement à leur égard.

Les empêchemens des nôces se reduisent principalement à quatre; la parenté naturelle, l'affinité ou l'aliance, l'adoption qui est une parenté civile & l'honnêteté publique; il faut parler séparément de chacune de ces choses.

La parenté *cognatio naturalis* est le lien naturel & commun de ceux dont l'un descend de l'autre, ou qui ne descendent pas l'un de l'autre reconnoissent tous une ligne commune.

Dans cette définition on apperçoit une double ligne de parenté, l'une qui s'appelle directe des ascendans & descendans; c'est-à-dire, des peres & des enfans, *quorum unus ab alio descendit*, & l'autre collaterale ou transversale; c'est-à-dire, de ceux qui sont placés à côté l'un de l'autre, *quorum neuter ab alio descendit*, mais ils descendent tous d'une ligne commune.

Les nôces à raison de la parenté dans la ligne directe entre ascendans & descendans sont prohibés à l'infini, à raison de quoi plusieurs Auteurs, même très-grands, se sont amusés à observer que si Adam revenoit au monde il n'y trouveroit pas de parti. Les nôces contractées dans cet ordre de parenté, à quelque degré que ce puisse être, sont donc incestueuses & illégitimes.

Dans la ligne collaterale il faut distinguer entre ceux & celles qui se tiennent respectivement lieu de parens & d'enfans, & les autres collatéraux qui ne sont pas dans cet ordre de dépendance.

De la premiere classe sont les oncles, les tantes, les néveux, les niées, & les descendans de ceux-ci. Comme c'est une imitation de la ligne directe, il ne peut jamais y avoir de Mariage entre les oncles, grands oncles, avec leurs niées & petites niées, ni entre les tantes, grand tantes, avec leurs néveux & petits néveux dans quelque degré de parenté que ce puisse être, *quia sibi in vicem parentum liberorum ve loco sunt*. Cependant comme ce n'est que par fiction qu'on met cette classe des collateraux à niveau de la ligne directe, & qu'il s'en faut bien qu'on le conçoive pour le Mariage des oncles & des tantes avec leurs néveux & niées l'horreur qu'on auroit pour le Mariage des peres ou des meres avec leurs fils ou filles. Il y a divers exemples, même parmi les Romains, qu'on s'est relâché de la rigueur dont on vient de parler, & que des oncles & des tantes se sont mariés légitimement avec leurs néveux & niées.

A l'égard des autres collateraux les nôces ne leur sont interdites que jusqu'au quatrième degré exclusivement, bien entendu qu'ils soient libres; car dans aucun cas il n'est pas permis d'avoir deux femmes à la fois.

Il peut donc y avoir Mariage légitime entre les cousins germains, qui par le Droit Civil sont au quatrième degré: mais pour rendre cela plus sensible, il faut expliquer ici en peu de mots ce que c'est que ligne, degré & compte de degrés.

La ligne est un assemblage de personnes qui descendent de la même souche, & cette ligne contient & distingue les degrés de parenté.

Le degré de parenté est un passage de proche en proche, *transitus de proximo in proximum*, & autant qu'il y a des passages d'un sujet à l'autre, autant y a-t-il des degrés, ou pour s'expliquer plus simplement, autant de générations ou de personnes engendrées, autant de degrés, *quot sunt generationes an personæ generatæ tot sunt gradus*.

C'est donc une règle sûre pour le compte des degrés de parenté, tant en ligne directe qu'en ligne collatérale, qu'il y ait autant de degrés qu'il y a des générations ou de personnes engendrées entre la souche commune qu'on ne compte point, & ceux de la parenté desquels il s'agit, qui sont compris dans le compte.

Selon cet ordre le grand pere & le petit

filz font au second degré de parenté , parce qu'il y a deux générations ou deux personnes engendrées , l'ayeul non compris ; ſçavoir , le filz & le petit filz , pareillement les couſins germainz font au quatrième degré , parce que remontant à la ſouche commune il y a quatre perſonnes engendrées ; ſçavoir , les deux filz & les deux petits filz eu égard à l'ayeul , leſquels quant à eux font couſins germainz.

C'eſt l'explication commune des Docteurs , & néanmoins on ne la trouve pas aſſez nette. Pour éviter toute équivoque il faut diſtinguer la ligne directe d'avec la collatérale , & dire qu'à l'égard de la première chaque génération fait un degré , & qu'à l'égard de la ſeconde c'eſt chaque perſonne engendrée qui la fait.

L'affinité eſt une liaiſon qui ſe contracte à raiſon du Mariage entre le marié & les parens de ſon conjoint ; ce nom lui a été donné , parce que deux parentés ou familles qui étoient auparavant indifférentes s'approchent & ſ'associent par le moyen du Mariage , *ſc̄ altera à alterius cognationes fines accedit* , par où il n'y a de vraye alliance que par des nôces légitimes.

A raiſon de cette affinité les nôces font

défundues : 1°. Entre le parratre & sa belle fille, la marratre & son beau fils, le beau pere & sa bru, la belle mere & son gen- dre, *inter vitricum & provignam inter no- veriam & provignum inter socerum & nu- rum inter generum & socrum.*

2°. Entre les autres alliés collatéraux jusques au quatrième degré exclusive- ment. Ainsi je ne puis pas épouser la fem- me de feu mon frere ni la sœur de feu ma femme ; mais un cousin germain peut épouser la veuve de son cousin germain, parce qu'ils sont au quatrième degré ; car bien que l'alliance n'aye pas proprement des degrés, elle imite ceux de la parenté naturelle.

De ce qui vient d'être dit, on peut con- clure qu'un fils & une fille de deux Maria- ges différents, dont le pere de l'un & la mere de l'autre se sont en suite mariés, *uno verbo duo comprivigni*, peuvent se marier ensemble, bien qu'ils ayent un frere commun né du troisième Mariage, parce qu'ils ne sont liés entre eux par au- cune affinité ; car on ne peut l'être eu égard à celui des conjoints qui a épousé notre parent ou notre parente. Par la mê- me raison deux freres peuvent valable-

ment épouser deux sœurs. s. 8. *hoc tit. Leg. 34. ff. de ritu nupt.*

Justinien a observé ici dans le s. 10. que tant la parenté que l'alliance contractée en servitude devient un empêchement à la célébration des noces après l'affranchissement, bien que les Esclaves soient incapables de tous les effets civils; car la parenté & par imitation l'alliance sont du droit naturel & du droit des gens primitif dont les Esclaves ont la participation. *Leg. 14. ff. de ritu nupt.*

L'adoption étoit encore un empêchement des noces entre eux qui se tiennent respectivement lieu de pères & d'enfans, même après le lien d'adoption résolu, bien qu'alors il n'y aye ni parenté naturelle ni civile, c'est le respect dû au pere de la part des enfans par le droit naturel, qui ne permet pas ces sortes de Mariages, même après que l'adoption a pris fin par l'émancipation, *id que in memoriam prioris necessitudinis.*

Mais l'adoption qui n'est qu'une parenté fictive produit-elle encore le même empêchement entre les collatéraux jusques au quatrième degré exclusivement? Il faut répondre qu'oui. Ainsi, je ne puis

pas épouser ma sœur adoptive, ni la fille de mon frere adoptif à qui je tiens lieu d'oncle; mais ce qu'il y a de singulier, c'est que je puis épouser la fille de ma sœur adoptive. La raison de cette différence est une subtilité du Droit Romain, selon lequel la parenté légale de l'adoption n'est contractée qu'avec ceux, que s'ils étoient nos parens naturels, seroient du nombre des agnats; c'est-à-dire, de ceux qui ne seroient point joints, *per virilis secus personarum*; d'où vient que, *nemo fit per adoptionem avunculus*, & cette règle encore qu'on ne peut épouser sa tante paternelle adoptive, & qu'on peut épouser sa tante maternelle adoptive. Tout cela est fort bien expliqué dans la Loi 23. ff. de *adoptionibus*, & dans la Loi 17. s. de *ritu nupt.* il est important de la connoître, en égard à la pure théorie du Droit Romain, & n'est d'aucune considération parmi nous.

Au reste, entre collatéraux l'empêchement de l'adoption cessoit par l'émancipation de l'adoption ou par celle de l'enfant naturel; ainsi, je pouvois épouser ma sœur adoptive dès qu'elle étoit émancipée; je pouvois même devenir le fils adop-

tif de mon beau pere *soceri*, pourveu qu'il émancipât plutôt sa fille. La raison en est que l'adoption étant un empêchement du Droit Civil, cet empêchement peut être emporté par un remède de ce même Droit qui est l'émancipation, *quia cum utraq. sit juris civilis, altera per alteram dissolvi potest.*

Enfin, l'honnêteté publique est encore un empêchement au Mariage entre certaines personnes; elle ne souffroit pas, par exemple, qu'un homme se mariât avec la fille qu'avoit eu sa femme répudiée d'un autre Mariage contracté après la divorce, *Leg. 12. ff. de ritu nupt.* On ne peut pas non plus se marier avec celle qui a été fiancée à notre pere ou à notre fils, & ce ne seroit pas honnête en effet qu'on prit pour femme celle qui nous a tenu presque lieu de mere ou de fille.

§. II.

Droit François.

Nous ne distinguons pas en cette matiere entre les Regnicoles ou les Aubains. Le Mariage des uns & des autres est également valable pourveu qu'ils ayent la

même foi , & qu'ils n'ayent pas d'ailleurs d'empêchement canonique & légal. Ainsi les Aubains peuvent en France se marier entre eux ou avec les Regnicoles ; & la raison en est toute simple , c'est que le Mariage est un Sacrement dont tous les Catholiques sont également capables.

Il n'en étoit pas tout-à-fait de même autrefois , suivant le témoignage de Bacquet *en son traité du Droit d'Aubaine , chap. 14.* & dans celui du *Droit de Bâtardise , chap. 2.* Les Aubains ne pouvoient anciennement se marier qu'avec des Aubaines , & à leur exemple les Bâtards ne le pouvoient qu'avec des Bâtardes : cependant le Mariage contracté avec des personnes d'une autre condition n'étoit pas dissous pour cela , mais les Contrevenans étoient punis par une amende de soixante sols , & par la peine appelée du *for mariage* qui emportoit une partie des biens ; mais il y a long-tems que tout cela est hors d'usage dans le Royaume , sauf à l'égard des legs ou main-mortables dont nous avons parlé sur le titre des personnes.

La puberté est parmi nous , aussi-bien que parmi les Romains , une des condi-

tions nécessaires pour contracter un Mariage valable. Nous en parlerons plus au long dans la suite de cette Question.

Pour ce qui concerne les empêchemens du Mariage nous en distinguons deux espèces. Il y en a qui rendent le Mariage contracté, non-seulement illicite, mais nul & invalable ; & comme ils brisent cet engagement, on les appelle empêchemens dirimens, *impedimenta dirimentia*.

Il y en a d'autres qui ne permettent pas de contracter Mariage, mais qui ne l'annulent pas dès qu'il est une foi contracté ; & de là vient qu'on les appelle seulement *impedimenta impediencia*, empêchemens prohibitifs.

Les principaux des uns & des autres sont renfermés dans les trois Vers suivans.

Votum, vis, error, cognatio, crimen, honestas,

Dissimilisque fides, raptus, ordo, ligamen & ætas,

Amens, affinis, si clandestinas, & impos.

C'est ce que je vais expliquer & développer dans le détail, & je distinguerai, chemin faisant, les empêchemens simplement prohibitifs d'avec les dirimens.

1°. *Votum*. Le vœu de religion ou chasteté est un empêchement dérivé ; mais il faut distinguer à ce sujet le vœu solennel & le vœu simple ; & ce qui vient d'être dit doit s'entendre du premier.

Le solennel est celui qui se fait par une profession expresse avec toutes les formalités requises dans un Ordre approuvé par l'Eglise : ceux qui sont engagés par un vœu de cette espèce, ne peuvent pas quitter la vie religieuse pour se marier, & s'ils le font le Mariage qu'ils contractent est nul, & les enfans qui en naissent sont illegitimes. *Cap. meminimus extra qui clerici vel voventes Matrimonium contrahere possunt, cap. quod votum de voto & voti redemptione in sexto, Concile de Trente, sect. 24. de reform. chap. 9.*

Le vœu simple est celui qui se fait intérieurement, ou même si l'on veut avec quelque cérémonie extérieure, mais sans faire profession dans aucun Ordre Religieux, & sans prendre l'habit ; ceux qui font dans ce cas péchent mortellement en rompant leur vœu ; mais le mariage tient *cap. meminimus cap. rursus extra qui Clerici vel voventes cap. 1°. De voto in sexto*, ainsi on peut bien dire sans errer que le

vœu simple produit un empêchement, mais ce n'est tout au plus qu'un empêchement prohibitif.

Au reste, quoique l'empêchement du vœu solennel soit diriment, il cesse néanmoins si le Religieux ou la Religieuse ont réclamé dans le tems de droit, & que la réclamation ait été trouvée juste par Sentence dont il n'y aye point d'appel. Il cesse encore si le Religieux ou la Religieuse ont été dispensés de leur vœu, ce qui ne peut être accordé que par le Pape *ex magna & gravi causa*, & pour des personnes appelées au Trône par leur naissance ou par les choix des peuples, *Furetiere Traité de l'abus, liv. 5. chap. 3. n°. 22. Van-Espen dans le Droit Ecclésiastique universel partie 2. tit. 13. ch. 4.*

2°. *Vis.* La violence & la crainte capables d'ébranler une ame ferme sont un empêchement dirimant du mariage, à moins que cette crainte n'ait été purgée par une cohabitation postérieure & volontaire. La crainte dont il s'agit ici n'est pas une crainte reverentielle telle que les enfans bien nés ont pour leurs parens, mais une crainte des plus grands maux, fondée sur des menaces & des excès déjà

commencés, *metus majoris muritatis veluti mortis vinculorum verberum*: cette matière est traitée au long dans Sanchés *de matrimonio*, dans Covarruvias *tractatu eodem* partie 2. §. 4. & 7. n°. 5. dans Van-Espen au tit. cité ch. 9. & *passim*. Je l'ai traitée moi-même avec une grande étendue & pendant plusieurs Audiences dans la cause de la Demoiselle Julien, contre le sieur Audoyer que cette Demoiselle avoit épousé, forcée par ses parens qui l'avoient traitée avec une rigueur excessive, & des menaces des plus grands excès, elle gagna sa cause par Arrêt d'Audience du 11. Février 1724.

3°. *Error*. L'erreur bien entendu que ce soit dans l'état ou dans la personne, comme si j'épouse une Esclave croyant d'épouser une femme libre, & si j'épouse Marie croyant d'épouser Marthe, comme il arriva à un de nos Patriarches, parce que dans l'un & dans l'autre cas le consentement manque, c'est pourtant l'ame de tous les Contrats, tel empêchement est dirimant, il est vrai qu'il cesse, si après l'erreur reconnue les parties cohabitent ensemble.

L'erreur où l'on peut tomber entre au-

tre chose comme sur la naissance, la fortune, les mœurs, & ne produit aucune sorte d'empêchement, ni dirimant ni prohibitif, Van-Espen *part. 2. tit. 13. ch. 2.*

4°. *Cognatio*. La parenté qui se divise en trois classes, la naturelle, la civile, & la spirituelle.

La parenté naturelle est par le Droit Civil comme par le droit Canonique, un empêchement perpétuel & dirimant des mariages entre le pere & ses enfans & descendans à l'infini, & entre ceux qui se tiennent respectivement lieu de parens ou ascendans, comme nous l'avons dit ci-devant en expliquant le Droit Civil, c'est encore un empêchement dirimant entre les collatéraux jusqu'au quatrième degré inclusivement.

Mais il est remarquable que par le Droit Canonique que nous observons en matiere de mariage, les degrés de parentés dans la ligne collatérale se comptent autrement que par le Droit Civil.

En effet, suivant le Droit Canon un degré en collatérale en contient deux du Droit Civil, & il faut distinguer à ce sujet entre la ligne égale & inégale, ceux qui sont dans une égale distance de la souche,

comme par exemple deux freres sont dans la ligne égale , & la ligne est au contraire inégale , lorsque de deux sujets l'un est plus près que l'autre de la tige commune , comme par exemple l'oncle & le neveu , l'oncle en effet n'est qu'un degré de cette souche ; & le neveu en est à deux.

La regle du calcul des degrés en collatérale dans la ligne égale est telle selon le Droit Canon , les mêmes degrés de distances qu'il y a entre l'un des sujets , & la souche commune se trouve entre ce sujet & celui de la parenté , duquel il s'agit *quoto gradu unus distat à communi stipitè eodem distat ab alio de cujus cognationem quæritur* ; ainsi comme le fils n'est qu'au degré de distance de son pere , il n'est ainsi qu'au degré de son frere.

Dans le collatéral dans la ligne inégale , cette regle a lieu suivant le même Droit Canonique. Les mêmes degrés de distances qu'il y a entre le sujet le plus éloigné & la souche commune se trouvent entre le sujet duquel il s'agit , *quot gradibus distat remotior à communi stipitè totidem distat ab eo de cujus cognatione quæritur* ; ainsi comme le neveu & le fils du frere est à deux degrés de l'ayeul , il est

aussi à deux degrés de son oncle.

Il suit de là que par le Droit Canonique le mariage est défendu dans la ligne collatérale égale, non-seulement entre les cousins germains & les cousines germaines, qui néanmoins peuvent se marier par le Droit Civil, mais qu'il l'est encore entre les petits fils des cousins germains, parce que suivant le calcul Canonique ceux-ci ne sont qu'au quatrième degré, & que la prohibition de l'Eglise se porte jusques là.

Voilà les regles générales, elles sont plus rigoureuses que celles du Levitique dont la défense ne portoit pas si loin; mais elles le sont moins aussi qu'elles ne l'étoient anciennement, car pendant plusieurs siècles l'Eglise a étendu ses défenses jusqu'au quatrième degré; on peut voir une belle dissertation sur cela dans Van-Espen *part. 2. tit. 10. chap. 5.*

Mais comme ces défenses sont du Droit Ecclésiastique & positif à l'exception de celles qui regardent la ligne directe & le premier degré de la collatérale, qui par l'avis de plusieurs dérivent du droit de nature; il suit de-là que le Pape peut accorder des dispenses dans les autres

Degrés de la ligne collatérale , même dans la ligne inégale ; qui plus est par l'avis de quelques Docteurs , ces deux lignes n'ont rien de particulier selon le Droit Canonique , & dans l'une comme dans l'autre on peut se marier librement & sans dispense si l'on se trouve au-delà du quatrième degré ; ainsi , selon eux , si quelqu'un se marioit avec la fille de l'arrière petit-fils de son frere , le mariage seroit valable par le Droit Canonique , parce que l'épouse se trouveroit au cinquième degré , bien qu'il fût nul par le Droit Civil , parce que l'époux tiendroit lieu du tris-ayeul à l'épouse.

Quoiqu'il en puisse être , il est du moins bien certain que le Pape dispense *ex causa rationabili* , dans la ligne collatérale égale jusques dans le gré des cousins germains , & que dans la ligne inégale il dispense *ex causa magna inter magnos principes* , même entre l'oncle & la niece , la tante & le neveu.

Mais l'indulgence ou le relâchement des dispenses n'a jamais porté sur la ligne des ascendans & descendans , nous l'avons déjà dit , on trouve pourtant cette note curieuse dans Fevret Trai-

té de l'abus liv. 5. chap. 3. n°. 2. Les Espagnols, dit-il, qui croient que pour la conservation de la maison d'Autriche il faudroit bouleverser les Loix de la nature, & la nature même s'il se pouvoit, disent que le Pape pour le bien public & en faveur de cette maison, leur peut accorder de se marier in-4°. *ascendentium gradu*, il convient néanmoins tout de suite que Camillus Borellus en son Traité de *presstantia Regis Catholici* chap. 16. après avoir agité la question *in utramque partem*, la resoud par la négative, & c'est sans doute le bon avis, d'autant mieux que la question est purement spéculative; car comment concevoir qu'un homme peut vivre assez pour épouser la fille de son arriere petit-fils; & le cas peut-il arriver, seroit-ce un bon moyen pour la propagation de l'espèce.

Ce seroit ici le lieu d'expliquer les causes des dispenses, mais ce détail nous meneroit trop loin, je me contente de les indiquer; voici les principales, la pauvreté, la difficulté de trouver un parti *propter angustiam loci habitationis*. Les inimitiés & les procès entre les deux familles des deux futurs, la conservation

des biens dans la même famille, la conservation d'un nom illustre, le mérite des ancêtres envers l'Eglise, comme s'ils ont fait des fondations, &c. l'âge avancé de la famille sans avoir encore trouvé de mari hors de sa famille, la conjonction illicite des parens, les soupçons même qu'on peut avoir quoique la chose ne soit pas averée, l'escandale qui en naîtroit, &c. ces causes sont expliquées dans les notes sur le Concile de Trente *sect. 24. chap. 5.* on peut les voir avec plus d'étendue dans une infinité d'Auteurs, & notamment dans *Van-Espen part. 2. tit. 14. chap. 1. & suivant.*

Le droit d'accorder les dispenses dont il s'agit appartient-il au Pape privativement? C'est l'opinion commune & même à peu près l'usage, bien que les Docteurs aient remarqué qu'on ne trouve rien dans le Décret ni dans les Décretales, aucun Reglement général de l'Eglise qui aye ôté le droit aux Evêques pour le réserver au Pape seul, cependant les Evêques qui s'y sont maintenus dans le droit & la possession des dispenses au quatrième ou cinquième degré, se conservent dans ce droit, & ce n'est pas grande merveille,

car dans ce degré la dispense peut être demandée comme justice plutôt que comme grace, Fevret *Traité de l'abus*, liv. 5. chap. 3. n°. 6. *Van-Espen part. 2. tit. 14. chap. 1. n°. 10. & 11. Ducasse de la Jurisdiction volontaire des Evêques.*

En finissant sur ce point il faut observer que ceux de la Religion prétendue réformée, tandis que leur exercice a été souffert en France, ne pouvoit contracter des mariages entre eux qu'aux degrés permis par le Droit Canonique, bien qu'ils ne fussent pas sujets à ce droit; mais c'étoit en vertu des Ordonnances de nos Rois, il y en a de Charles IX. de l'année 1567. & d'Henry III. de 1586. & notamment l'Edit de Nantes sous Henry IV. art. 23. l'usage des dispenses ne leur étoit pourtant pas interdit, & lorsque les Religioneux en avoient besoin, c'étoit le Roi qui le leur accordoit & non le Pape, dont ils ne connoissent point l'autorité. Passons à la parenté civile.

C'est cette parenté civile qui n'est autre que l'adoption: la parenté de la Loi qui imitoit la nature, elle produisoit des empêchemens par le Droit Romain, ainsi que nous l'avons vû, mais n'en sçauoit

produire parmi nous, parce que l'adoption y est hors d'usage, ainsi que nous le verrons dans le titre qui suivra immédiatement celui-ci.

Enfin la parenté spirituelle est celle qui se contracte avec le parrain & la marraine, d'un côté l'enfant baptisé, son pere & sa mere de l'autre, & de plus entre celui ou celle qui a administré le baptême, le baptisé, le pere & la mere du baptisé, c'est la disposition du Concile de Trente, *sect. 24. de reformatione ch. 2.* & de quelques Canons antérieurs.

Cette parenté spirituelle qui produit un empêchement, a été introduite à l'exemple de la parenté civile ou de l'adoption, & l'on trouve son origine dans le Droit Romain en la Loi 26. *cod. de nupt.* il est vrai que le Droit Canonique y avoit donné depuis diverses extensions, mais elles ont été retranchées pour la plus grande partie, & reduites à ce qu'on a rapporté par le Concile de Trente, qui a sagement prescrit le nombre des parrains & des marraines, & ordonne qu'il n'y en auroit qu'un tout au plus de chaque sexe, *sancta Synodus statuit ut unus tantum hinc vir, hinc mulier vel ad sum-*

mum unus & baptisatum de Baptismo suscipiat.

Mais cette alliance spirituelle qui se contracte par le Baptême, porte-t'elle sur les parrains & sur les marraines entre eux, en telle sorte que ce soit un empêchement à leur mariage? Mon prédécesseur l'a crû, & j'ose assurer qu'il s'est trompé, le Concile de Trente n'établit pas d'alliance *inter susceptores* quant à eux; mais d'eux à l'enfant baptisé, à son pere, à sa mere, *inter quos susceptores ad baptismum ipsum, & illius patrem & matrem, spiritualis cognatio contrahatur.*

La Déclaration des Cardinaux a expliqué la disposition du Concile, & en conformité de ce qui vient d'être dit; c'est sur cette question *an hæc cognatio contrahatur inter ipsosmet patrilinos veluti si vir & femina sint simul patrini an impediantur inter se conjungi*; on l'a résoluë tout de suite pour la négative, & Van-Espen *part. 2. tit. 13. ch. 6.* apprend qu'un Concile Provincial tenu à Malines décida, qu'il ne se formoit point d'alliance spirituelle entre le parrain & la marraine *inter susceptorem & susceptricem*, & ordonne que le peuple en seroit averti au Prône,

l'usage est constamment tel, & loin que cette présentation d'enfans aux Fons-Baptismaux produise un empêchement de mariage entre ceux qui en ont fait la fonction, c'est au contraire une indication & une disposition prochaine.

Mais cette alliance spirituelle reduite à ceux qu'elle lie véritablement, forme-t'elle un empêchement dirimant ou simplement prohibitif; il est certain qu'il est dirimant par les Constitutions Canoniques, il y en a deux expresses sur ce point, c'est le *ch. veniens extrade cognatione spiritali*, quelques Auteurs sont du même avis, Ferriere dans ses Institutions en Latin, Van-Espen au lieu préallegué, l'Auteur des Loix Ecclésiastiques *part. 3. ch. 5. art. 2. n. 28.* mon prédecesseur même inclinoit à cet avis, on peut voir néanmoins dans le Journal des Audiences *tom. 5. ch. dernier*, & dans *Bardet tom. 2. liv. 7. ch. 20. & liv. 8. ch. 12.* que Messieurs les Gens du Roi & les Parlemens ne font aucun cas de cet empêchement & le regardent à peine comme prohibitif, l'usage est d'en demander dispense à Rome avant de contracter mariage, & cette dispense s'obtient sans difficulté, & à peu de

fraix, & si l'on avoit omis de prendre cette précaution, on y seroit à tems après les nôces, & même sans cela on en seroit quitte pour quelque pénitence, quelque aumône ordonnée par l'Evêque Diocésain, Bardet au lieu préallegué.

Si l'on faisoit encore présenter à la confirmation par un parrain & une marraine, comme cela se pratiquoit autrefois, il se formeroit une alliance qui produiroit un empêchement de la qualité ci-dessus, entre le confirmé & le parrain & la marraine, & le parrain & la mere de l'enfant, & la marraine & le pere du confirmé, le Concile de Trente est exprès sur ce point en la section 24. de *reformatione matrim. ch. 2.* mais cette cérémonie de faire présenter les enfans par un parrain & une marraine à la confirmation, n'est plus en usage parmi nous.

5°. *Crimen.* Le crime dans le premier tems de l'Eglise, il y avoit plusieurs crimes qui formoient empêchement au mariage, & excluoiert ceux qui les avoient commis de la participation au Sacrement; on peut voir dans *Van-Espen part 2. tit. 13. ch. 2. § 7.* quelle a été autrefois en cette matière la discipline Ecclesiastique.

Le changement quelle a reçu est ce qui forme à présent notre Droit actuel, nous nous arrêtons à ces derniers points comme les plus essentiels pour notre instruction.

Les crimes qui forment un empêchement dirimant du mariage se réduisent aujourd'hui à deux, l'adultère & l'homicide, & c'est dans trois cas qu'ils produisent cet effet.

Le premier est, quand une des parties qui est engagée dans le mariage commet adultère avec une autre personne à laquelle il promet de l'épouser après le décès de sa partie innocente; ce cas est ainsi décidé par le Canon *relatum causæ 21. quest. 1.* & par le chapitre *significasti extra de illo qui duxit in matrim. quam polluit per adulteriam.*

Si un homme contracte un Mariage pendant la vie de sa première femme avec une autre femme qui sçait qu'il est marié, non-seulement le Mariage est nul, mais encore cet homme ne peut après la mort de sa première femme épouser valablement celle avec qui il avoit contracté un Mariage nul. Il en est de même de la femme qui s'est remariée pendant la vie de son pre-

mier mari, le second le sçachant.

Mais dans l'un & dans l'autre cas il faut que le Mariage aye été consommé pour former un empêchement dirimant : ces cas qui sont une suite des précédens sont décidés dans le *chap. ex litterarum extra de eo qui duxit in Matrim. quam poll. per adult.*

Le second cas où le crime produit un empêchement dirimant, est quand un des conjoints, qui a fait mourir l'autre, épouse la personne qui a eu part à l'homicide. Une veuve, par exemple, ne peut épouser celui qui a tué son mari, si elle a participé à la mort de son mari, & en cas elle l'épouse le Mariage est nul ; mais si elle n'a point eu de part à l'homicide le Mariage est valable quoique peu honnête ; on doit raisonner de la même manière d'un mari par rapport à sa femme. Le chapitre *Laudabilem extra de conversione infidelium* contient la décision de ce cas, elle est encore dans le chapitre *Significasti.*

Le troisième cas où le crime forme un empêchement dirimant, est lorsque l'homicide est joint à l'adultere, comme quand un mari fait mourir sa femme afin d'en

épouser un autre avec laquelle il a eu un commerce illicite, l'empêchement dirimant a lieu en ce cas, quoique la femme n'ait pas eu de part à l'homicide. Cette décision est renfermée dans le chapitre *Super hoc extra de eo qui duxit in Matrim. quam poll. per adult.*

Il est aisé de reconnoître que le motif qu'a eu l'Eglise en faisant produire au crime un empêchement dirimant dans le troisième cas qu'on vient de remarquer, a été de prévenir plusieurs inconveniens funestes, & que la corruption des mœurs peut rendre très-fréquens; c'est pourquoi on n'accorde pas des dispenses pour contracter des Mariages au préjudice de cette espèce d'empêchement; mais on en donne quand les Mariages sont contractés; c'est à la Pénitencerie qu'on se pourvoit à ce sujet, afin que la dispense passant par une voye secrète, n'attire pas sur les coupables la punition de la justice séculière quoiqu'ils l'ayent bien meritée, *Hericourt Loix Ecclesiast. part. 3. ch. 5. art. 2. n. 40. & suivans, Fevret, traité de l'abus liv. 5. ch. 3. n. 14. & 15. M. Catellan liv. 4. ch. 23.*

Fevret au lieu cité propose une ques-

tion curieuse & importante ; ſçavoir ſi une femme condamnée à être recluſe dans un Monaftere le reſte de ſes jours en conformité de l'Authentique, *ſed hodie cod. ad leg. Juliam de adult.* après la mort de ſon mari, peut demander la liberté & permiſſion d'en épouſer un ſecond, autre néanmoins que le complice de l'adultère.

Cette queſtion a ſes difficultez, ſoit parce que ſelon le Droit Civil il n'eſt pas permis d'épouſer une femme condamnée pour cauſe d'adultère : *adulteri publicæ damnatam lege ſine metu cod. ad leg. Juliam de adult.* ſoit parce que la condamnation aux peines de l'Authentique *ſed hodie*, emporte une eſpèce de mort civile, une clôture ou priſon perpétuelle que l'on rendroit ſans effet par la liberté de paſſer à des ſeconds engagements après la reſolution des premiers, Fevret atteste auſſi que ſur le fondement de ces raiſons il fut jugé par Arrêt du Parlement de Dijon du 20. Janvier 1622. que la femme condamnée aux peines de l'Authentique, ne peut pas ſe ſouſtraire après la mort de ſon mari à la peine qu'elle a méritée, ni quitter le Monaftere dans lequel elle a été recluſe pour tout

le tems de sa vie pour passer à un nouveau mariage ; & par le même Arrêt le mariage contracté par l'adultère condamnée, fut déclaré nul & abusif.

Cependant le contraire a été jugé au Parlement de Paris par un Arrêt solennel du 21. Juin 1684. bien entendu que la privation de la dot, augment^e & autres conventions matrimoniales tient toujours au préjudice de la femme ; on peut voir dans Henry *tom. 1. liv. 4. ch. 3. quest. 65.* Le plaidoyer des Avocats & de M. Talon Avocat Général : Bretonier qui a fait des notes sur Henrys sur cette question importante les y a transcrites tout au long ; ils méritoient assurément d'être recueillis, & singulièrement celui de M. Talon qui est une dissertation complète où la matière est épuisée ; on croit que la décision du Parlement de Paris est préférable à celle du Parlement de Dijon.

Si le mari de la femme condamnée pour cause d'adultère, ne veut pas user de la faculté que lui donne l'Authentique de reprendre sa femme. Lui sera-t'il libre celui vivant de se marier avec un autre ? En un mot l'adultère publiquement averé & suivi de la condamnation,

brise-t-il le Mariage & fait-il du moins rentrer la Partie innocente dans sa première liberté ?

Il y a un passage dans l'Evangile de St. Mathieu , ch. 19. qui semble décider pour l'affirmative. *Dico autem vobis* , c'est J. C. qui parle , *quia quicumque dimiserit uxorem nisi ob fornicationem & aliam duxerit mæchatur* , & *qui dimissam duxerit mæchatur* , cette exception *nisi ob fornicationem* paroîtroit favoriser cet avis.

Mais l'Eglise assemblée au Concile Général en a autrement décidé , & c'est à elle à qui il appartient d'expliquer infailliblement les Ecritures Sacrées , le Canon 7. de la Section 24. de *Sacram. Matrim.* du Concile de Trente est très - exprès là-dessus : en voici ces termes , *Si quis dixerit Ecclesiam errare , cum docuit & docet juxtà Evangelicam & Apostolicam Doctrinam propter Adulterium alterius Conjugum Matrimonii vinculum non posse dissolvit* , & *utrumque etiàm vel innocentem qui causam Adulterio non dedit , non posse altero Conjuge vivente aliud matrimonium contrahere , mæchareque eum qui dimissâ Adulterâ aliam duxerit* , & *eam qui dimisso Adultero , aliam nupserit* , *Anathema sit*.

C'est sous cette Loi que nous vivons , & que l'on vit dans toute la Chrétienté , en exceptant néanmoins les Pais hérétiques , qui ne connoissent pas l'autorité du Concile de Trente , *vide* Fevret , Traité de l'Abus , liv. 5. ch. 3. N^o 17.

6^o. *Honestas*. L'Honneteté publique. L'empêchement de l'honneteté publique vient des Fiançailles , & il consiste en ce que le Fiancé ne peut épouser aucune Parente en ligne directe de la Fiancée au premier degré de la ligne collateralle , il en est de même de la Fiancée par rapport aux parens de son Fiance. *Cap. Accessit extra de Desponsalibus impuberum*.

Avant le Concile de Trente l'empêchement du Mariage , qui naissoit de l'honneteté publique , se portoit aussi loin que celui de la parenté même en ligne collateralle ; c'est-à-dire , jusqu'au quatrieme degré inclusivement ; mais cette multiplicité d'empêchement étoit d'une grande incommodité , les Peres de ce Concile ressererent celui , dont il s'agit , au premier degré taxativement dans la ligne collateralle ; car dans la ligne directe il n'y a rien de changé. *Justitia publicæ honestatis impedimentum , ubi Sponsalia quacumque*

ratione valida non erunt, Sancta Sinodus prorsus tollit ubi autem valida fuerint primum gradum non excedant, quoniam in ulterioribus gradibus jam non potest hujusmodi prohibitio absque dispendio observari. Ainsi parle le Concile de Trente, Sect. 24. de reformat. cap. 3.

De cela il résulte que lorsque les Fiançailles sont nulles par le défaut de l'âge ou du consentement, ou parce que l'une des Parties est engagée dans les Ordres Sacrés ou dans un autre Mariage, elles ne produisent point d'empêchement d'honnêteté publique; c'est la suite du Can. préallegué & la décision du Chap. *Litteras extrà de Desponsat. Impub.*

Il en est de même des Fiançailles faites sous condition, elles ne forment point d'empêchement d'honnêteté publique tant que la condition ne se trouve point accomplie. *Cap. à Sponsalib. §. ille de Sponsalib. in sexto.*

Les Fiançailles forment un empêchement d'honnêteté publique, qui retout les Fiançailles postérieures & même le Mariage subsequnt avec les freres & sœurs de la personne fiancée; c'est-à dire, qu'il est dirimant, ce qu'on trouve assez dur;

mais elles n'empêchent pas qu'on épouse la personne à laquelle on s'étoit d'abord engagé, quoiqu'on se soit fiancé depuis à une de ses Parentes ou à un de ses Parens au premier degré de la ligne collaterale. *Cap. ex Sponsalib. De Sponsalib. & Matrim. in sexto.*

Il y a un autre empêchement d'honnêteté publique, lequel se forme par le Mariage qui n'est pas consommé, soit qu'une Partie décède avant la consommation, soit qu'elle fasse des vœux dans un Monastère avant d'avoir consommé ce qu'on peut licitement dans ce cas, soit qu'elles ne puissent le consommer par impuissance; c'est là ce qu'on appelle *Matrimonium ratum, non consummatum.*

Il y a cependant cette différence à faire entre l'empêchement de l'honnêteté publique qui vient des Fiançailles, & celui que produit un Mariage qui n'a pas été consommé, que le premier est renfermé dans le premier degré de la ligne collaterale, & le second au contraire s'étend comme celui de la parenté & l'affinité jusqu'au quatrième degré inclusivement; parce que le Concile de Trente n'a point dérogé pour cette seconde espèce d'hon-

nêteté publique aux anciens Canons, qui étendoient ces empêchemens jusqu'au quatrième degré, *Can. Si quis Caus. 27. Quest. 2. Ch. Si Sponsam extra de Sponsalibus & Matrim.*

Pour éviter la confusion de ces deux empêchemens qualifiés d'honnêteté publique, dans laquelle quelques Canonistes sont tombés, le Pape V. déclara par une Bulle de l'an 1567 qui commence par ces mots *Ad Romanum*, que le Concile de Trente n'avoit rien changé pour le nombre des degrés, dans lesquels l'empêchement de l'honnêteté publique formé par un Mariage non consumé doit avoir lieu, *vide les Déclarations des Cardinaux & Remissions sur le Chap. 3. de la Section 24. De Reformat. Matrim. du Concile de Trente, Fevret, Traité de l'Abus, Liv. 5. Chap. 3. N°. 8. Van-Espen, Part. 2. Tit. 13. Ch. 6. & l'Auteur des Loix Ecclesiast. Part. 3. Ch. 5. Art. 2. N°. 35. & suiv.*

7°. *Dissimilis fides.* La diversité de Religion. Il faut que les Contractans professent la même Religion; c'est-à-dire, la Religion Catholique, Apostolique & Romaine; d'où il suit qu'il ne peut pas y avoir de Mariage entre un Chrétien &

une Juive ou Mahometane , & moins encore entre deux Infidèles ou deux Idolâtres ; parce que le Mariage parmi nous est un Sacrement , dont tous ceux qui n'ont pas été régénerez par les eaux salutaires du Baptême sont incapables , le Sacrement du Baptême étant le fondement de tous les autres.

En conséquence il est décidé dans le Chap. 7. *extrâ de Divortiis* , dans le Can. *Si infidelis* de la Cause 28. Quest. 2. & autres , que de deux Infidèles mariés ensemble , deux Turcs , par exemple , deux Juifs ou deux Payens , celui qui renonce à ses erreurs pour embrasser la Foi Catholique , peut valablement contracter un second Mariage , pourvû que se soit un autre Fidèle , le premier Mariage , qui n'étoit qu'un Contrat civil , étant en ce cas résolu de plein droit.

Ce n'a pas été pourtant l'usage du premier tems de l'Eglise , il fallut alors laisser les choses au même état qu'elles étoient , & s'aider même de la conversion d'un de ces deux conjoints pour attirer l'autre à la Foi , suivant ces paroles de l'Apôtre : *Sanctificatus est vir infidelis per mulierem fidelem , & sanctificata est mulier infidelis per*

virum fidelem. On peut s'instruire à fonds de tout cela par la lecture des Canons & de l'entiere Cause 28. qui est divisée en trois Questions.

Ce que nous avons dit de la résolution du Mariage, dont l'un se convertit, n'a pas lieu dans le cas ou de deux fidèles, l'un renonceroit à la Foi; car en ce cas le Mariage étant bon dans son principe, ne seroit pas dissous par cette cause survenue *post factò*, Ch. 7. *extrà de Divortiis*; mais cette cause pourroit operer une séparation à *Thoro* à cause du péril de la perversion.

Ces sortes de cas sont rares, mais que faudroit-il résoudre sur un cas qui a été autrefois très-frequent en France, & qui l'est encore dans le païs où l'on tollere toutes les Religions Chrétiennes; c'est du Mariage d'un Catholique avec un Hérétique qu'on veut parler. Ce Mariage est-il valable? Les Théologiens ne sont gueres d'accord sur ce point, & on peut voir dans Van-Espen, de *Jure Ecclesiast. univers. part. 2. tit. 12. ch. 5. & tit. 13. ch. 8.* les raisons qu'on employe de part & d'autre. Ce qu'il y a de certain, c'est que ces mariages ont été long-tems permis & tolerés en France, qu'après la revocation de

L'Edit de Nantes on n'a pas obligé de les réhabiliter, pas même quand c'étoit entre deux Religioneux, & qu'ils n'avoient été benis que par leurs Ministres, & qu'enfin avant cette revocation l'abjuration de l'un des deux Hérétiques mariés n'étoit pas un moyen de dissolution du Mariage, quand même l'autre y eût consenti, & cependant les Religioneux ne regardent cet engagement que comme un Contrat purement civil.

8°. *Raptus*. Le Rapt. Cette matiere est importante & la discipline y a extrêmement varié.

Par l'Edit en la Loi unique, *Cod. de Raptu Virginum vel Viduarum*, & dans la *Nov. 143. & 150.* il ne pouvoit jamais y avoir de Mariage entre le Ravisseur & la Personne ravie, même malgré le consentement de celle-ci, qui plus est, malgré la dissimulation & tollerance de ses Parens.

Les plus anciens Capitulaires de nos Rois étoient conformes aux Constitutions des Empereurs, les Loix de l'Eglise l'étoient aussi. *Placuit*, dit le Canon 11. de la Cause 36. *Quest. 2. ut ii qui rapiunt Fœminas, perfurantur aut seducunt, eas nullatenus habeant Uxores, quamvis eis*

postmodum conveniat, aut eas dotaverit, vel nuptialiter eam consensu suorum Parentum acceperit.

Cette rigueur s'adoucit dans les suites, & par le Droit des Décratales il pouvoit y avoir Mariage légitime entre le ravisseur & la personne ravie, pourveu que celle-ci y donnât les mains & son consentement ? *Rapta puella legitimè contrahit cum raptore si prior discentio transeat post modum in consensum & quod ante displicuit tandem incipiat complacere.* Ainsî par le chapitre 7. *Extra de raptorib.*

Mais le Concile de Trente s'étant infamment défié du consentement que donnoit la personne ravie, tandis qu'elle étoit en la puissance de son ravisseur, ordonna dans la sect. 24. ch. 6. *de reformat.* qu'il ne pourroit y avoir de Mariage entre le ravisseur & la personne ravie, *inter raptorem & raptam quandiu in potestate raptoris manserit nullum posse consistere Matrimonium.*

Le Concile ne permet donc le Mariage entre le Ravisseur & la Personne ravie, qu'autant que celle-ci séparée de son Ravisseur constituée en lieu sur & libre déclare qu'elle veut l'avoir pour Mari; le

Mariage est donc valable en ce cas, ce qui n'empêche pas que le Concile ne déclare excommuniés, infâmes & incapables de toutes les dignités, le Ravisseur & ses complices.

L'Ordonnance de 1639. qui est notre Loi en cette matiere, a été formée par les soins d'un Magistrat illustre sur le modele du Concile de Trente, l'Article III. en est conçu en ces termes :

„ Déclarons conformément aux saints
„ Décrets & Constitutions canoniques,
„ les Mariages faits avec ceux qui ont ravi
„ & enlevé des Veuves, Fils & Filles de
„ quelque âge & condition qu'ils puissent
„ être, non-valablement contractés, sans
„ que par le tems ni par le consentement
„ des Personnes ravies, de leur Pere,
„ Mere, Tuteur & Curateur ils puissent
„ être confirmés, tandis que la Personne
„ ravie est en la puissance du Ravisseur. Il
„ continue, & néanmoins en cas que sous
„ prétexte de majorité elles donnent un
„ nouveau consentement, après avoir été
„ mises en liberté pour se marier avec son
„ Ravisseur, Nous déclarons ensemble les
„ Enfans qui en naîtront indignes & in-
„ capables de légitime, & de toutes suc

„ cessions directes & collatérales qui leur
 „ pourroit échoir.

Enfin , l'Ordonnance enjoit “ (dans le
 „ cas même que le Mariage tint comme
 „ Sacrement ,) aux Procureurs Généraux
 „ & à leurs Substituts de faire toutes les
 „ poursuites nécessaires contre les Ravis-
 „ seurs & leurs Complices , bien qu'il n'y
 „ eut pas de plainte de la Partie civile , &
 „ aux Juges de punir les Coupables de
 „ peine de mort & de confiscation des
 „ biens. „ C'est à l'instance du Concile de
 Trente , qui dans ce cas même décernoit
 des peines d'un autre ordre , que nous
 avons ci-devant expliquées.

Cette Ordonnance a paru si sevère que
 les Tribunaux du Royaume ont cru devoir
 en adoucir la rigueur , on trouve dans le
Journal des Audiences , tom. 2. liv. 6. ch.
 50. & dans le *Journal du Palais* , tom 2.
 pag. 822. deux Arrêts célèbres , qui ont
 jugé que les peines , dont s'agit , n'avoient
 pas lieu , lorsque la Personne ravie avoit
 elle-même donné les mains à l'enleve-
 ment , ou même lorsque sans y avoir
 donné les mains , elle consentoit dans les
 suites à se marier avec le Ravisseur , qui
 plus est sans être bien pleinement hors de

sa puissance, & il faut convenir que lorsque les choses ont été menées à un certain point, l'honneur même des familles exige cet adoucissement, & qu'il ne faut pas néanmoins prendre si littéralement que la qualité des circonstances ne puissent déterminer les Juges à se conformer, du moins en partie, aux dispositions de l'Ordonnance de 1639. nous en avons un exemple dans *Boniface*, tom. 1. liv. 5. tit. 3. chap. 3.

Vous venez de voir qu'on distingue en matière de Rapt celui qui s'est fait avec violence, d'avec celui qui s'est fait avec le consentement de la Personne ravie; on prétend que l'Ordonnance de 1639. n'est pas faite pour cesd. cas, & Mr. Brissonnet, Avocat Général au Grand Conseil, le soutient aussi dans l'espèce suivante rapportée par le Journal du Palais au lieu pré-allegué.

Il est pourtant certain que l'esprit des Ordonnances a été de mettre de niveau le Rapt, ou l'Enlèvement de séduction & celui de violence, même eu égard aux deux sexes du moins pendant la minorité, l'Art. 42. de l'Ordonnance de Blois y est exprès.

„ Voulons, dit-il, que ceux qui se
 „ trouveront avoir suborné Fils ou Filles
 „ mineures de 25. ans, sous prétexte de
 „ Mariage ou autre couleur sans le gré,
 „ vouloir & consentement exprès des
 „ Peres, Meres, Tuteurs & Curateurs,
 „ soient punis de mort sans espérance de
 „ grace & de pardon, nonobstant tout
 „ consentement que lesd. Mineurs pour-
 „ roient alleguer par après avoir donné
 „ audit Rapt lors d'icelui ou auparavant. „

Cette disposition a été même conservée, quoique l'on dise par l'Ordonnance de 1639. car en l'Art. 3. elle parle de ce qui est ordonné contre les Personnes ravies par subornation; mais il faut toujours revenir là, que ni l'Ordonnance de Blois ni celle de 1639. ne sont pas observées littéralement par les Juges, & que le plus ou le moins des circonstances entre pour beaucoup dans la décision de ce qui rend la plupart des choses hipotetiques.

Il y a un autre Rapt de séduction, appelé improprement de ce nom, puisqu'il n'est pas question de Mariage, & qu'il n'y a pas d'enlèvement, mais une simple débauche, c'est le crime de gravidation ou de grossesse, autrement dit *Raptus in Pa-*

rentes, il devoit être severement puni à suivre l'esprit des Loix & des Ordonnances, mais il l'est bien peu par l'Usage, & les Séducteurs prétendus ne sont guères condamnés qu'en des dommages & intérêts *arbitrio Judicis*, & à se charger de l'enfant né du commerce, sous la condition de le mettre en métier, ou de le marier à un certain âge suivant la différence du sexe.

Mais, bien que la peine de ce cas soit depuis long-tems pecuniaire, on y retient toujours pour l'instructive l'appareil du grand criminel, on decrete au corps, on ordonne la Procedure extraordinaire par le recollement & confrontation personnelle des deux Parties, & il y a même un Arrêt de la Tournelle de 1732. qui l'ordonne ainsi par forme de reglement général sous peine de nullité.

9^o Ordo. Les Ordres sacrés de Prêtrise, Diaconat & Soudiaconat produisent empêchement dirimant; ainsi les Mariages contractés par les Prêtres, par les Diacres & par les Soudiacres sont nuls, parce qu'il y a dans l'Eglise latine un vœu tacite, mais solennel de chasteté, qui est attaché à la reception de l'Ordre, de Soudiaconat.

Auth. multo magis Cod. de Episcop. & Clericis Canone Præbiteros distinct. 27. cap. ex Litterarum extrà qui Clerici vel voventes, Matrimonium contrahere possunt. Concile de Trente, sect. 24. ch. 9. On accorde quelquefois des dispenses aux Soudiacres à l'effet de pouvoir se marier, surtout, s'il paroît de quelque force pour leur faire recevoir cet Ordre. Bardet tom. 2. liv. 9. chap. 11. Sæfve, centturie 8. ch. 6. Journal des Audiences, tom. 2. liv. 8. ch. 19. Loüet & Brodeau, lett. L. sommaire 14. nouvelle édition, ont rapporté même des exemples des Papes, qui ont permis à des Princes engagés dans la Prêtrise ou Diaconat de se marier pour procurer le repos & la tranquillité d'un état, Vide Feyret, Traité de l'Abus, liv. 5. ch. 3. n°. 10. 11. & 12. & l'Auteur des Loix Ecclesiastiques, partie 3. ch. 3. art. 2.

10°. *Ligamen.* Le Lien d'un Mariage encore existant, bien que l'un de deux Conjoints soit absent depuis long-tems, & qu'on n'en sache aucune nouvelle; car pour pouvoir passer outre à un second engagement, il faut avoir des preuves affirmées de sa mort, suivant l'Authentique *kodiè cod. de repud.* & le Chap. *in præ-*

Sentia extrà de Sponsalibus.

Les Soldats sont ceux qui tombent le plus fréquemment dans ces longues absences, l'Authent. *hodiè* déjà citée a prescrit aussi des regles expresses pour ce cas qui sont suivis dans l'usage, c'est que leur mort doit être constatée par le Certificat des Capitaines avec lesquels ils étoient enrôlés, & que sans une preuve de cette espèce leurs femmes ne peuvent contracter valablement des secondes Nôces : on peut voir là-dessus le *Journal du Palais*, tom. I. pag. 494. & suivant *Albert en ses Arrêts*, lett. A. art. 10. Cependant si malgré le Certificat du Capitaine ou les autres preuves qu'on peut avoir, lorsqu'il s'agit d'un Marchand, d'un Voyageur, &c. L'absent revient & trouve sa femme remariée, il est certain que le second Mariage est déclaré nul ; parce que l'empêchement, dont il s'agit, est dirimant ; mais cela ne porte pas toujours sur l'état des enfans nés de ce second Mariage, lesquels sont malgré l'invalidité du lien déclarés légitimes avec la participation de tous les effets civils, pourveu que les contractans ou l'un de deux aye été en bonne foi lors de leur engagement, c'est un point im-

portant de Jurisprudence , qui a été jugé par un nombre infini d'Arrêts répandus dans nos Livres & ramassés presque tous, Loüet & Brodeau , lett. L. somm. 14.

Les fondemens de cette résolution si nécessaire à la société civile se trouvent dans le Droit Canonique , c'est dans la fameuse Décretale *ex tenore extrà qui Filii sint legitimi*, il en résulte qu'il faut le concours de trois conditions pour assurer l'état des enfans dans l'espèce dont il s'agit.

La première , qu'il y ait un Mariage qui ait précédé leur naissance.

La seconde , que ce Mariage soit contracté en face de l'Eglise & avec bonne foi , du moins de l'un des Contractans.

La troisième , que l'enfant soit né avant que le Mariage ne soit ni attaqué ni contesté.

Mais si la bonne foi manque de la part des deux Contractans , alors par le retour de l'absent le second Mariage est non-seulement nul, mais les enfans qui en sont nés sont encore déclarés illégitimes; c'est ainsi que cette question a été fréquemment jugée & notamment dans la célèbre Cause de Maillard , dont l'espèce est rapportée

par le Journaliste du Palais ci-devant cité avec des dissertations sçavantes & curieuses sur cette matiere.

Il est très-important d'observer que, quoique la légitimation par la bonne foi n'ait été introduite par le Droit Canonique que pour le seul cas, dont nous venons de parler, cependant la sagesse de cette décision en a fait étendre l'usage à tous les empêchemens, qui peuvent être susceptibles de bonne foi de la part des deux Contractans ou de l'un de deux : ainsi les enfans nés des Mariages des Chevaliers de Malthe, des Religieux profés, des Prêtres, &c. qui en se mariant avoient dissimulé leurs états, ont été déclarés légitimes, bien que les Mariages qui leur avoit donné l'être fussent annullés. Louët & Brodeau *ubi suprâ* & suivant, *Traité de l'Abus*, liv. 5. ch. 3. n°. 12.

11°. *Ætas*. L'âge des Contractans. Il faut qu'ils ayent l'âge de puberté accompli, qui est de 14. ans pour les mâles & de 12. ans pour les filles.

L'inégalité de ce terme vient de ce qu'on estime que la faculté de la génération commune plutôt dans les femmes que dans les hommes, *Vinnius*

sur le tit. des Instit. quibus modis tutela finitur in principio.

On jugeoit autrefois de la puberté du moins à l'égard des mâes, non par les années, mais par l'inspection du corps; Justinien se glorifie dans le tit. cité d'avoir prescrit cet usage si contraire à la pudeur, & d'avoir fixé la puberté par le tems; il est pourtant certain que ce Règlement n'est pas de lui, & qu'il est même antérieur à son regne de quelque siècle, *Vinnius* en rapporte diverses preuves au lieu préallégué.

Ce qu'il y a d'étonnant, c'est que le Droit Canon ayant abrogé cette façon deshonnête de juger de la puberté, le Droit Canonique semble ensuite l'avoir autorisée, car cela ne semble-t'il pas résulter nettement de ces termes du chap. *pubere 3. extra de dispensationem impuberum*; „ certum est autem eum puberum esse „ qui ex habitus corporis pubertatem ostendit & generare jam potest. „ Cette difficulté peut être résolue en distinguant entre l'inspection du corps & l'habitude extérieure du corps *intet inspectionem & habitum*, & ce sont en effet deux choses bien différentes.

Quoiqu'il en soit, il est du moins bien certain qu'aujourd'hui parmi nous la puberté pour l'un & pour l'autre sexe est fixée par les quatorzièmes années pour les mâles, & douze années pour les femelles, ainsi que nous l'avons déjà dit, & le Droit Canon va lui-même à cela dans une infinité de textes, ainsi que le Droit Civil.

Cependant comme malgré cette détermination fixe & précise de la puberté, il y a quelquefois des mariages précipités entre deux impuberes, ou entre un pubere & un impubere, il faut sçavoir dans le détail ce que les Loix de l'Eglise qui sont d'un grand poids dans cette occasion, & ce que les Arrêts des Tribunaux en décident.

En thèse c'est la nullité, c'est ce qui paroît des Décretales qui sont sous le tit. *de desponsat. impub.* dans la collection de Gregoire IX. & dans le sexte, *Lebret dans son traité de l'abus, liv. 5. ch. 1. n. 7.* en a ramassé beaucoup d'autres preuves, il veut même que pour faire déclarer cette nullité, on ne puisse se pourvoir que devant les Juges Royaux à l'exclusion des Juges d'Eglise comme n'y ayant pas eu de

Sacremens, ce qui peut recevoir beaucoup de difficulté, ainsi qu'il paroît, parce que l'Auteur dit lui-même en cet endroit & qui paroîtra plus clairement lorsque nous parlerons de la compétence des Juges en cette matière.

Les Arrêts des Parlemens du Royaume sont conformes aux Constitutions Canoniques, Mornac en rapporte des exemples sur la Loi 9. ff. de sponsalibus pueriles autem hujusmodi nuptias quæ videlicet inter puerum & puellam septennas contractæ sunt rescidit senatus. Le deuxième de ces exemples est plus fort, parce que la femme étoit pubere & que l'homme touchoit à sa puberté, c'étoit entre des personnes illustres que l'Auteur n'a pas voulu nommer, mais les raisons de ce ménagement ont cessé, c'étoit le Duc de Montmorency & la Comtesse de Chevilli de la maison de Rieux en Bretagne, vide l'Histoire du Duc.

Mais il faut observer que si ceux qui se sont mariés avant la puberté consomment le mariage après l'avoir accompli, il n'y a plus lieu d'en demander la cassation, parce que cette consommation en est une ratification bien expresse, faite

en tems libre, & auquel les parties pou-
voient donner un consentement légitime,
*cap. insup. extra qui matrim. accusare pos-
sunt cap. de illis extra de disp. impub.
cap. 2. extra de eo qui duxit in matrim.
quam polluit per adulterium cap. unico
§. 1. de despons. in sexto.*

Qui plus est, si les impuberes mariés
contiennent à demeurer ensemble sans
aucune marque de contradiction après
leur puberté accomplie, c'est encore une
ratification suffisante du mariage, *cap. à
nobis cap. attestations de despons. impub.*
ce qui est conforme à la disposition du
Droit Civil en la Loi 4. ff. de ritu nupt.
dont les termes sont remarquables,
*„ minorem annis duodecim nuptam tunc
„ legitimam uxorem fore cum apud virum
„ annos expleffit duodecim, „* surquoi
Mornac a observé que la Loi dont s'a-
git étoit une exception à la règle vul-
gaire du Droit, *quod ab initio non valet
tractu temporis convalescere non potest* ;
il ajoute que *favor nuptiarum non facit
ut impletis annis duodecima si minor
adhæreat conjugii & nuptialibus argumen-
tis indicet ratum si habere quod si adhuc
minore gestum est censeatur ex eâ die actus*

novus nec trahatur retro, de sorte qu'en-
 core que *nulla adhuc fuerit copula subse-*
cuta, le mariage tient & doit subsister,
cap. unico §. 1. de despons. impub. in
sexto; qui plus est, quand l'un auroit
 quitté l'autre, on les contraint de retour-
 ner ensemble pour y vivre & demeurer
 comme mari & femme, *cap. ad id extra*
sponsat. les parties ayant dans un âge
 legitime consenti au mariage, ce qui en
 fait la ratification, où si l'on veut avec
 Mornac un mariage tout nouveau, car
 cela est indifférent; on peut voir sur ce
 point les Arrêts rapportés par Desmai-
 sons en son Recueil liv. 5. ch. 7. par le
 Journaliste du Palais tom. 1. p. 171. par
 celui des Audiences tom. 5. liv. 5. ch. 7.
 & par Brodeau sur Lotet lettre M somm. 6.
 nomb. 37. & 44. on verra qu'ils sont
 tous fondés sur les regles qui viennent
 d'être expliquées.

Enfin il arrive quelquefois que le ma-
 riage contracté entre des impuberes vaut
 eu égard à ce tems *quando malitia supple-*
vit ætatem, singulièrement s'ils appro-
 chent de bien de près la puberté, & par
 ces mots *malitia supplevit ætatem*, on
 entend que les impuberes malgré la foi-

blesse de leur âge ayent toutes les qualités nécessaires pour la consommation, & qu'ils ayent consommé; en effet il y a divers textes Canoniques exprès pour cela, & notamment le ch. à nobis 8. & de illis 9. extra de despons. impub. & c'est à cela qu'il faut rapporter ce que dit le chap. 3. du même titre de habitu corporis, dont nous avons ci-devant parlé, c'est ce qui est expliqué par la Glose de ce chapitre même.

Au reste, comme la présomption de Droit n'est pas pour la consommation des impuberes, il faut que ceux qui l'allèguent & qui veulent s'en aider en fournissent la preuve, Sanchés de matrim. liv. 7. dispositionem 104. Navarrè dans son Manuel chap. 22. Gautier en ses Arrêts lett. M. n°. 2. qui rapporte un Arrêt du Parlement de Paris sur le cas dont s'agit, Fevret Traité de l'abus liv. 5. chap. 1. n°. 7.

12°. Furor. La fureur ou folie de ceux qui veulent contracter ou de l'un d'eux: la raison est que *furiosi nullus est consensus*. La folie de même que la fatuité absolue est donc un empêchement dirimant du Mariage lorsqu'elle précède; car si elle ne survient qu'après, le Mariage tient. C'est

la résolution des Loix Civiles & Canoniques, ainsi qu'on peut voir dans la Loi *Ib.* 3. § 2. ff. de ritu nuptiarum, dans la Loi 8. ff. de his qui sui vel alieni juris sunt, dans la Loi 77. §. titius, ff. ad Trebellianum, dans le Can. *Neque furiosus* 25. cent. 32. quest. 7. & dans le chapitre *Dilectus* 24. extra de sponsalib.

C'est encore la Doctrine des Auteurs & la décision des Arrêts. *Decius*, conf. 448. *Covarruvias* sur le 2. livre des Décretales, part. 2. chap. 2. n. 8. *Ranchin*, part. 3. de ses Conclusions, conclus. 392. *Servin* dans ses Plaidoyers, tom. 2. *Lebret* dans ses Décisions liv. 1. décis 5. *Peleus* en ses Actions Forenses, liv. 3. action 70. *Bardet*, tom. 2. liv. 7. chap. 37. *Albert*, lett. M, article 10.

Ce qui vient d'être dit ne doit pourtant s'entendre que de ceux en qui l'éclipse de la raison est entière, & n'a pas lieu quand à ceux qui en conservent quelque rayon bien que foible, & que les Auteurs nomment à cause de cela grossolands. Cette exception fut confirmée par un Arrêt rendu moi plaidant à la Grand Chambre le 3. Avril 1719. entre la Demoiselle *Dabin* & le Sieur *Carmatin*, auquel il fut per-

mis de se marier malgré l'opposition de sa mere, parce qu'il parut des enquêtes & du rapport des Médecins que l'imbécillité qu'on lui imputoit n'étoit pas absolue, & qu'il conservoit au contraire *mediocritatam officiorum*.

13°. *Afinitas*. L'affinité ou l'alliance, nous en avons donné ci-devant les notions nécessaires dans l'explication du Droit Civil. Il reste ici à dire que par l'explication du Droit Canonique, & par l'usage du Royaume, l'empêchement dont il s'agit est dirimant, & que les règles en sont les mêmes que dans la parenté naturelle; c'est-à-dire, que le Mariage prohibé *in infinitum* entre ceux qui se tiennent respectivement lieu de parens ou d'enfans, comme parâtre, marâtre, beau-pere, belle-mere, gendre, beau-fils & belle-fille, & les descendants de ceux-ci.

Voilà pour la ligne directe & pour la ligne collaterale, le Mariage défendu entre alliés jusqu'au quatrième degré inclusivement. On peut voir sur cela le chapitre *non debet extra de consanguin. & affinib.*

La prohibition dont on vient de parler n'a pas seulement lieu dans l'alliance lé-

gitime, mais encore dans l'illégitime ; c'est-à-dire, celle qui naît d'un commerce deshonnête ; ainsi celui qui avoit eu habitude avec une femme ne pouvoit pas épouser sa parente, ce qui portoit jusqu'au quatrième degré inclusivement. *Cap. directionem. & cap. penult. extra de eo qui cognovit consanguineam uxoris sue vel sponsæ.* Il est vrai que par le Concile de Trente cet empêchement a été restreint & n'excede plus aujourd'hui le second degré, *sect. 24. de reform. matrim. chap. 4.* ce qui doit s'entendre suivant la Déclaration des Cardinaux, tant dans la ligne directe que dans la collaterale.

14°. *Si clandestinus.* C'est l'empêchement de la clandestinité, ce qui s'entend des Mariages contractés sans le secours des conditions requises, notamment de celles des bans ; nous en avons parlé ci-devant.

15°. *Impos, sive impotentia corundi.* L'impuissance des conjoints ou de l'un d'eux pour les actes du Mariage, c'est une matiere curieuse, & dont les exemples se présentent même assez souvent dans les Tribunaux ecclésiastiques & séculiers. Je vai vous en rapporter ce qu'il y a de plus essentiel.

Si l'infirmité dont il s'agit est incurable & qu'elle ait précédé le Mariage, il n'est pas douteux qu'elle n'en brise le lien; mais il en est tout autrement si elle n'est que accidentelle & guérissable, ou même si étant perpétuelle elle n'est survenue qu'après le Mariage consommé & contracté; il y a encore à examiner en cette matiere, si l'impuissance est absolue ou respective.

Il resulte de ces différentes distinctions, que de tous les empêchemens dirimans, celui dont il s'agit est le plus difficile à établir, & par là même le plus embarrassant pour les Juges qui en doivent connoître, singulierement s'il s'agit d'une impuissance causée par la seule frigidité du mari, & sans aucun défaut dans la conformation extérieure des parties.

La seule visite faite par experts suffit pour reconnoître si l'homme qu'on prétend impuissant est privé des parties qui sont destinées à la génération, ou s'il les a disposées d'une manière qu'il ne puisse pas consommer le Mariage; mais il ne faut pas toujours croire qu'un homme soit impuissant, parce que tous les témoins de sa virilité ne paroissent pas au-dehors;

car on a bien vû d'exemples du contraire.

Si l'on prétend que c'est la femme qui est impuissante & inhabile aux fonctions du Mariage *quia à deo arēta est ut cognosci non possit*. Le rapport des Sages-Femmes ou Matrones à ce commises fournit tous les éclaircissemens nécessaires : les cas d'impuissance de la part des femmes sont extrêmement rares.

Lorsqu'un homme a toutes les parties de la génération dans l'ordre accoutumé, cette conformation extérieure fait présu-mer que la nature ne lui a point refusé la vigueur intérieure ; c'est pourquoi si un homme est ainsi conformé à l'extérieur, affirme qu'il a consommé le Mariage, & s'il en parle en homme instruit, il y a lieu de débouter la femme de sa demande en dissolution par impuissance, parce que dans les règles générales il faut déferer au serment du défendeur quand le demandeur n'a point de preuve positive pour établir ses conclusions ; or dans cette espèce c'est la femme qui est demanderesse. Tout cela est fondé sur le Canon *Quod autem, causa 27. quest. 2.* & le Canon *Si quis, causa 33. quest. 1.* ce dernier est ex.

trait d'un Concile tenu à Compiègne, & il est célèbre en cette matiere.

On a vû des Femmes qui ont prétendu que, quoique leurs Maris qu'elles accusoient d'impuissance, jurassent qu'ils avoient consommé le Mariage, elles devoient être reçues à prouver le contraire par la visite de leur propre personne, afin, disoient-elles, qu'on juge le Mari impuissant, s'il paroît qu'elles n'ont point perdu leur virginité, & cela peut, en effet, se défendre par des preuves & par des exemples, cependant s'il en faut croire l'Auteur des Loix Ecclesiastiques, part. 3. ch. 5. art. 4. Cette Procedure est hors d'usage à present, comme deshonnête & d'ailleurs incertaine.

Lorsque le Mari est accuse d'impuissance, qu'on prétend provenir de la seule frigidité sans aucun défaut dans la conformation extérieure des Parties, & que l'une & l'autre des Parties conviennent que le Mariage n'a pas été consommé, le Juge, devant lequel l'affaire est portée, doit ordonner qu'elles habiteront ensemble pendant trois années, à compter du jour de la célébration du Mariage, & si après ces trois années la Femme persiste à

se plaindre, & que les deux Parties assurent que le Mariage n'a pas été consommé, si cette affirmation ou aveu est soutenu par des conjectures, comme s'il y a dans l'exterieur du Mari quelques signes, qui puissent faire présumer l'impuissance, tels que *raritas pilli*, une voix grêle, peu de fermeté sur les jambes, une foiblesse de corps, &c. Si l'on voit que dans les interrogatoires, les réponses des Parties soient pleines de bonne foi, & qu'il n'y aye aucune collusion, le Juge Ecclesiastique peut ordonner la dissolution du Mariage, & permettre à la Femme de se remarier en défendant au Mari de passer à des secondes Nôces; mais on ne sçauroit prendre assez de mesures avant de rendre un pareil Jugement, de peur de séparer trop legerement ce que Dieu a uni. *Can. Requisiti cause 33. quest. 1. cap. laudabilem extra de frigidis & malificiatis cap. litteræ extra eodem.*

Il résulte de ce qui vient d'être dit, que lorsqu'un homme est bien conformé; & que loin de convenir de sa frigidité, il insiste sur ses talens, il est moralement impossible de le convaincre ni de résoudre le Mariage. *Cap. frigiditatis & impotentiae cocundi.*

J'en parle ainsi eu égard à la pratique actuelle ; car autre fois il y avoit un genre de preuve sous laquelle les hommes les mieux conformes & les plus braves pouvoient succomber c'étoit le Congrès. Le Parlement de Paris en a pros crit l'usage par un Arrêt célèbre en forme de règlement du 2. Février 1677. & bien que cette défense ne pût avoir lieu que dans son Ressort, elle s'est néanmoins insensiblement étendue dans le Ressort de tous les autres Parlemens. *Non ratione imperii sed imperio rationes. Vide* le premier tome du Journal du Palais, pag. 780. où cette matière est traitée avec beaucoup d'érudition.

Par la même raison qui a fait condamner les Congrès, on doit condamner les visites qui ne sont ordonnées que pour sçavoir si un homme accusé d'impuissance donne quelque signe de mouvement nécessaire pour la consommation du Mariage, parce que ce mouvement dépend du caprice de la nature qu'on ne peut l'exciter sans commettre un grand péché, & que l'appareil de la visite fait retirer d'ailleurs les esprits que la solitude & la présence d'un objet aimable pourroit reveiller.

Quand un Mariage légitimement contracté a été déclaré nul par cause d'impuissance ou autre, parce que les Juges ecclésiastiques ont été trompés ou par l'artifice des parties ou par les dépositions des témoins, dès qu'on reconnoit l'erreur il faut obliger les parties à se réunir sans avoir égard au Jugement qui a été rendu, ni même aux Mariages qui auroient pu être contractés depuis par les parties.

En effet, quand le Juge déclare nul un Mariage il n'en prononce pas proprement la dissolution, mais il déclare qu'il n'y a point eu de Mariage à cause des empêchemens dirimens; & si le motif de cette déclaration n'est pas véritable, elle tombe d'elle-même, les Juges n'ayant pu séparer ce que Dieu a uni.

Enfin, il faut observer sur cette matiere d'impuissance qu'il n'y a que la femme qui puisse s'en plaindre, eu égard à son mari ou le mari eu égard à la femme; ainsi quoique l'un de ces conjoints fut impuissant quand les parties ont vécu ensemble comme frere & soeur sous l'ombre du Mariage, suivant que les Canons les y exhortent, les parens ne peuvent après la mort de l'une des parties faire juger

qu'il n'y a point eu entre elles de véritable Mariage, ni quereler sur ce fondement les conventions matrimoniales ? Toute cette matiere est traitée abondamment dans Fevret *traité de l'abus*, liv. 5. chap. 4. dans le *Journal du Palais*, tom. 1. page 780. & suivantes, & dans *Hericourt des Loix Ecclesiastiques*, part. 3. chap. 5. art. 4.

Voilà tous les principaux empêchemens des Mariages ; ils sont presque tous dirimans, comme nous l'avons vû ; il y en a quelques autres moins considérables, & qui sont simplement prohibitifs *impedimenta impediencia* ; c'est-à-dire, qu'ils sont obstacle au Mariage à contracter, mais n'en opèrent pas la dissolution si on a passé outre ; sans s'en mettre en peine, ceux-ci comme les autres sont renfermés en petit dans trois Vers.

Ecclesiæ vetitum, nec non tempus feriatum,

Atque Cathecismus, Sponsalia, Jurgito votum,

Impedunt fieri permittunt juncta teneri.

1°. *Ecclesiæ vetitum.* C'est lorsqu'au préjudicé des défenses du Juge d'Eglise,

on a passé outre à la célébration du mariage; car s'il n'y a point d'ailleurs d'empêchement Canonique, le mariage n'est pas résolu; de cela seul qu'il a été célébré malgré les défenses, & l'on impose seulement quelque pénitence; il est vrai que s'il y avoit soupçon de quelque empêchement Canonique entre les parties, les Juges pourroient les obliger à se séparer jusqu'à ce qu'on eût pris là-dessus les éclaircissements nécessaires, & c'est ce qui est décidé dans le chap. 1. 2. & 3. extra de matrim. contra^{cto} contra interdictum Ecclesie.

Il en est de même quand le mariage auroit été célébré au préjudice des défenses des Juges Royaux, car pourvû qu'il n'y eût point d'empêchement Canonique entre les parties; le mariage tient, & ceux qui ont contrevenu aux défenses, sont simplement condamnés en quelque amende ou quelque aumône.

2°. *Tempus feriatum*. C'est le tems auquel l'Eglise a interdit la célébration des mariages, & qu'on appelle communément dans les Auteurs *Tempus Clausum*; ce tems a varié dans l'Eglise; mais enfin le Concile de Trente l'a fixé dans la sec-

tion 24. de reformat. chap. 10. c'est depuis l'Avant jusques au jour des Rois, & depuis le jour des Cendres jusques à l'octave de Pâques inclusivement; on est facilement dispensé de cet empêchement quand on le demande, mais ne le demande-t'on pas, le mariage célébré dans le tems interdit, n'en est pas moins valable, pourveu qu'il soit en regle d'ailleurs.

3°. *Cathechismus*. Cet empêchement qui n'étoit que prohibitif ne subsiste même plus à présent, il tomboit sur ceux qui avoient assisté à l'Instruction ou Catéchisme du Cathécumene avant l'administration du Baptême, & il fournit entre lui & le catéchisé une espèce de parenté spirituelle, ainsi qu'on l'apprend dans le chap. 2. de *cognitionem spirituali*, on tient que le Concile de Trente l'a abrogé dans la section 24. de reformat. matrim. chap. 2. par les termes qu'on y trouve à la fin, *omnibus inter personas hujus spiritualis cognitionis impedimentis sublatis*.

4°. *Sponsalia*. C'est le lien des fiançailles avec toute autre que celle qu'on épouse, ce qu'il faut entendre singulièrement quand c'est hors du cas qui forme l'empêchement d'honnêteté publique

dont on a parlé ci-devant.

5°. *Votum.* Cela doit s'entendre du vœu simple, car le solemnel forme un empêchement dirimant, nous avons ci-devant expliqué la nature & la différence des vœux simples & des vœux solemnels.

Aprésent tous les empêchemens du mariage vous sont connus, il reste à vous expliquer quels sont les Juges qui en doivent connoître, notamment de ceux qu'on appelle dirimans, car il importe peu de s'occuper des autres, puisqu'ils ne peuvent pas opérer la dissolution des mariages.

Les Juges d'Eglise sont, suivant les Ordonnances, les Juges ordinaires du Sacrement & du lien qui le forme, Edit de 1606. art. 12. Edit de 1695. art. 34. la voye ordinaire est d'aller à eux, & la voye extraordinaire est d'appeller comme d'abus aux Parlemens.

On s'adresse communément aux Officiaux quand il s'agit des empêchemens qui proviennent de l'erreur des personnes, de la violence du défaut de puberté, d'un lien précédent, d'un mariage contracté après la profession Religieuse ou la reception des Ordres sacrés, d'impuissance ou
autres

autres empêchemens de la même nature, fondés plutôt sur les Canons que sur les Ordonnances.

Mais on a recours au Parlement quand le mariage a été contracté par des mineurs sans le consentement de leurs pere & mere, tuteur & curateur, on peut cependant s'adresser aux Parlemens, même pour les empêchemens de la première espèce en prenant la voye de l'appel comme d'abus, comme l'on pourroit à *contra*, s'adresser aux Officiaux pour les mariages des enfans de famille ou des mineurs, sur lesquels les Juges d'Eglise sont obligés de juger conformément aux Ordonnances & à la Jurisprudence constante du Royaume, *Edit de 1606. art. 42. Hericourt part. 3. chap. 5. art. 4. n. 17.*

Ce qui vient d'être dit de la liberté qu'ont les intéressés de s'adresser aux Juges d'Eglise ou au Parlement, n'a pas lieu si l'un des conjoints est mort, & qu'on attaque le mariage après son décès par le rapport à l'état du survivant ou des enfans qui sont nés du prétendu mariage, car on ne peut en ce cas prendre que la voye de l'appel comme d'abus aux Parlemens pour donner atteinte au mariage, parce

qu'il ne s'agit plus alors du lien actuel du Sacrement qui donne seul à l'Official le droit de connoître de cette matière.

Vide l'Edit de 1695. art. 34.

Outre ces empêchemens généraux, il y a bien des personnes, qui par des raisons prises de leur état, ne peuvent pas contracter mariage. Anciennement les Esclaves ne le pouvoient pas avec les personnes libres, c'étoit le Droit Civil, les Constitutions Canoniques en avoient autrement ordonné : l'Edit de 1685. touchant la police des Isles de l'Amérique s'est conformé à ces Constitutions.

L'inégalité des conditions étoit encore un obstacle au mariage : les Sénateurs ne pouvoient pas, par exemple, suivant La Loi *Papia*, se marier à des affranchies ou autres personnes de condition vile, de maniere cependant que la dignité de Sénateur acquise depuis le mariage, ne devenoit pas un empêchement dirimant, *leg. libertatem cod. de nupt.*

Parmi nous l'inégalité des conditions est un foible moyen & empêchement contre les mariages, & on n'en pourroit tout au plus induire qu'une preuve de subornation & de séduction en la personne d'un

mineur qui voudroit se marier, ou qui se feroit marié sans le consentement de ses parens ou de son Curateur, rien ne prouve mieux combien dans le mariage on fait peu de cas de l'inégalité des conditions que l'art. 182. de l'Ordonnance de Blois, laquelle en prononçant des peines contre les veuves qui ayant des enfans de leur premier mariage, se remarient avec leurs valets ou autres personnes viles, ne touche pas au surplus à la validité du lieu.

La disproportion des âges n'empêche pas les mariages, & Bardet *tom. 2. ch. 43.* rapporte un Arrêt par lequel le mariage d'une femme âgée de soixante-sept ans fut déclaré bien & valablement contracté; la Loi *Papia paupea* qui en avoit autrement ordonné n'a jamais eu lieu parmi nous, & les Romains eux-mêmes ne l'observerent pas long tems.

Les tuteurs & curateurs ne peuvent épouser ni faire épouser à leurs enfans celle qui a été leur pupille, s'ils n'ont auparavant rendu compte de leur administration tutélaire & laissé passer le tems que les Loix accordent aux adultes pour demander d'être restitués en entier en-

vers la clôture des comptes ; il y un titre exprès pour cela dans le Code ; c'est le titre *de interdicto matrim. inter pupillam & tutorem & curatorem, & filios eorum*, & le Jurisconsulte en la Loi non est 66. ff. *de ritu nuptiarum*, ajoute à la nullité du mariage l'infamie & d'autres peines arbitraires, *ex variis causarum figuris*.

Le Parlement de Paris par l'Arrêt que rapporte Soëfve tom. 2. cent. 2. ch. 89. se conforma à peu près à la disposition du Droit, en déclarant nul & abusif & non valablement contracté le mariage d'une mineure avec le fils de son tuteur, excluant le tuteur de la tutelle, & le condamnant solidairement avec son fils à aumôner de la somme de 2000. liv. les prisonniers de la Conciergerie.

On trouve dans Mr. Dolive liv. 3. ch. 2. un Arrêt de ce Parlement en pareille espèce beaucoup moins célèbre, parce qu'il se contenta de déclarer le tuteur indigne de la succession des enfans de sa pupille devenue sa belle-fille, succession qui autrement lui eût été dévolue de droit, puisqu'il étoit le grand pere paternel de ses enfans, & cependant on lui préfera

leur grande tante maternelle.

Par le Droit Romain les Officiers de la Republique ou de l'Empire ne pouvoient pas se marier ni marier leurs enfans mâles dans les Provinces confiées à leur administration tandis qu'ils y exerçoient leurs charges, mais il leur étoit permis de marier leurs filles; c'est ce qu'on apprend des Loix 38. *U* 17. ff. *de ritu nuptiarum*, & la raison de ce Reglement politique s'offre naturellement, ils n'ont cependant point de lien parmi nous où la plupart des charges sont perpétuelles.

Il y a en France des mariages qui sont valables par rapport au Sacrement, & qui sont nuls par rapport aux effets civils, en sorte que les veuves après la dissolution de ces mariages n'ont ni douaire ni reprise, ni autres conventions matrimoniales, & que les enfans qui sont nés de ces mariages, ou qui ont été légitimés par leur moyen, sont regardés & traités comme illégitimes par rapport aux successions seulement, de maniere qu'on ne leur adjuge qu'une pension viagere sur les biens de leur pere & de leur mere, ou quelque portion en fonds qui leur tient lieu d'alimens, cette portion est

plus ou moins forte suivant la qualité des personnes & la valeur des biens.

Entre ces mariages valables pour le Sacrement, mais qui ne produisent pas des effets civils, l'Ordonnance de 1639. place d'abord ceux qui ont été tenus secrets jusques à la mort des conjoints.

Par ces mots de mariage secret, l'Ordonnance n'entend point parler des mariages vraiment clandestins qui sont nuls absolument par le défaut de présence du propre Curé, publication des bans, &c. mais de ceux qu'on tient cachés après qu'ils ont été célébrés avec toutes les formalités prescrites par les Ordonnances & par les Canons, comme il arrive lorsque le mari & la femme ont eu des habitations séparées quand la femme n'a point pris le nom du mari quand elle a agi & contracté comme fille majeure ou en qualité de fille mineure qui procédoit sous l'autorité de son tuteur ou de son curateur : non-seulement les enfans qui naissent de ce mariage, mais encore leurs descendans sont incapables de recueillir aucune succession, ce qu'il faut entendre de celles des peres, meres, ou ayeuls & ayeules. *L'Ordonnance de 1639. art. 5.*

Augeard tom. 1. chap. 51. § 60. Héricourt part. 3. chap. 5. art. 2. n°. 83. Soëfve tom. 1. cent. 4. chap. 27. § tom. 2. cent 2. chap. 57. § 71. Journal des Audiences, tom. 2. liv. 4. chap. 64.

Cependant ces enfans traités comme illégitimes quant à la succession de leurs pere & mere & autres ascendans, sont regardés comme légitimes pour les autres actes de la vie civile, *comme pour tenir*, dit Héricourt au lieu préallegué *des Bénéfices sans dispense*, ce qui fait probablement conséquence pour les Offices étant charge publique.

La seconde espèce des mariages qui ne produisent point d'effets civils quoiqu'ils soient valables *quoad fœdus*, est de ceux que des hommes contractent à l'extrémité de leur vie avec des femmes qu'ils ont entretenu dans un mauvais commerce avant le mariage, c'est l'article 6. de l'Ordonnance de 1639. qui l'ordonne ainsi.

L'Edit du mois de Mars 1697. a étendu cette disposition aux femmes, qui étant à l'extrémité de leur vie épousent des hommes avec lesquels elles ont vécu dans le libertinage; on regarde comme

mariés *in extremis*, ceux qui dans le tems de leur mariage sont attaqués d'une maladie mortelle quoiqu'ils ne décèdent que plusieurs jours après.

En conséquence il a été jugé au Parlement de Paris qu'on devoit regarder comme célébré *in extremis*, le mariage d'un homme blessé à mort avec la concubine dont il avoit eu des enfans quoique le mari eut survécu cinquante-quatre jours ; on a décidé au contraire qu'un homme étant décédé un mois après le mariage contracté avec sa concubine, ce mariage n'étoit point censé fait à l'extrémité de la vie, parce que le mari étoit en bonne santé dans le tems de la célébration ; *vide Hericourt dans ses Loix Ecclésiastiques, part. 3. chap. 5. art. 2. n. $\frac{83}{34}$ Journal des Audiences tom. 1. liv. 6. chap. 5. & tom. 5. liv. 5. chap. 14. Journal du Palais tom. 1. pag. 324.*

Il y a un Arrêt célèbre sur cette matière rendu par le Parlement de Toulouse, entre la Demoiselle Françoisse Guerin & les parens du sieur Guichi de Villefranche de l'Auragois, lesquels étant appellans comme d'abus du mariage contracté entre ledit sieur Guichi & la Demoiselle Guerin, il

fut déclaré par Arrêt n'y avoir abus dans la célébration du mariage ; mais on cassa en même-tems leur institutiou héréditaire faite par ledit sieur Guichi au profit des enfans nés dans le concubinage , à chacun desquels il fut adjugé seulement une somme de 2000. liv. pour leur tenir lieu d'alimens.

Pour être dans le cas de l'Ordonnance il faut qu'il y aye des preuves d'une débauche précédente ; on trouve dans le Journal du Palais page 686. un Arrêt du Parlement de Paris , qui par le défaut de cette preuve confirma le mariage quant aux effets civils , quoique contracté le jour même ou la veille du décès du mari.

La condition *in extremis* se trouve, suivant quelques Auteurs , non-seulement dans les mariages contractés durant la maladie , mais encore dans ceux qu'on contracte sur le déclain & dans les dernières années de sa vie , tom. 1. du Journal du Palais page 324. ce que j'estime pourtant n'être pas vrai.

La troisième espèce des mariages qui ne produisent pas des effets civils , est de ceux qui sont morts civilement , ayant été condamnés ou contradictoirement ou

par contumace à une peine qui emporte la mort civile, ce n'est pas qu'ils ne puissent se marier valablement *quoad fœdus* quant au Sacrement; mais les femmes qui les ont épousés en cet état ne peuvent demander leurs conventions matrimoniales, ni les enfans qui sont nés de ces mariages prendre part à leur succession; c'est l'Ordonnance de 1639. qui le décide ainsi en l'art. 6. il est vrai qu'elle ajoute cette modification : „ si avant leur décès les con-
 „ damnés n'ont été remis au même état
 „ qu'ils étoient en premier lieu suivant
 „ les Loix prescrites par nos Ordonnan-
 „ ces, „ & ce rétablissement a pour lors un effet retroactif.

L'article dont nous venons de parler a donné lieu à une question difficile, & sur laquelle les Auteurs se sont partagés.

Supposons que celui qui s'est marié depuis la condamnation à mort par défaut, meure dans les cinq années que l'Ordonnance accorde pour se présenter & purger la contumace, ce mariage ne subsistera-t'il que comme Sacrement, & les enfans qui en auront été procréés seront-ils capables de succéder.

Ceux qui soutiennent l'affirmative se

fondent sur ce que tout homme condamné à mort par défaut est dès ce moment réputé mort civilement, & comme tel incapable de contracter, de tester & de succéder, suivant les Arrêts rapportés par *M. Dolivé liv. 5. chap. 7.* conformes à la disposition du Droit en la Loi 6. §. *sed si quis ff. de injusto, rupto & irrito facto testamento*, où il est dit, *capite damnatum servum penæ effici non tunc cum consumptus est, sed cum sententiam passus est.*

Ceux qui soutiennent la négative se fondent sur la faveur de la liberté, qui fait, disent-ils, qu'un homme meurt *integri status*, lorsqu'il meurt dans un tems auquel il pourroit en se représentant anéantir le Jugement de condamnation, & tel est, ajoutent-ils, l'esprit de l'Ordonnance de 1670. tit. 17. art. 29. lorsqu'elle dit que celui qui aura été condamné à mort aux galeres perpétuelles, ou à être banni à perpétuité hors du Royaume, & qui demeurera après les cinq années sans s'être présenté, sera réputé mort civilement du jour de l'exécution de la Sentence. De ces derniers termes qui décidera après les cinq années; il semble

qu'on doit naturellement conclurre que le décès de condamnation arrivant dans les cinq années, le mariage contracté depuis la condamnation est valable, même pour les effets civils.

M. de Boutaric mon prédécesseur a crû que ces opinions pouvoient aisément être conciliées, en réfléchissant que par l'art. du tit. 27. de l'Ordonnance de 1670. il est permis à la veuve ou aux enfans, ou autres parens du condamné dans les cinq années, de se pourvoir contre le Jugement ou Arrêt de condamnation, & de purger la mémoire du défunt, procédure qui seroit absolument inutile si la condamnation n'avoit fait aucun changement dans l'état du condamné, ou pour mieux dire, si ce décès du condamné dans les cinq années avoit emporté tout l'effet de la condamnation; mais il seroit plus inutile encore si l'on supposoit le condamné mort civilement du jour de la condamnation, de manière qu'il fût indifférent par rapport à son état & à celui de ses enfans, qu'il vint à décéder avant les cinq années expirées.

L'esprit de l'Ordonnance de 1670. lorsqu'en l'art. 29. tit. 17. elle déclare mort

civilement le condamné decedé après les cinq années est celui-là, non point que si le condamné decede pendant les cinq années & decede *integri status*; & que pendant les cinq années il conserve la liberté de contracter, de tester, de succeder, mais de laisser comme en suspens l'état du condamné pendant les cinq années.

L'objet de l'Ordonnancee est donc que tout homme condamné à mort par défaut ou à quelqu'une des peines qui emportent mort civile, comme galères pertuelles, bannissement perpetuel, &c. est mort civilement du jour de la condamnation, ou plutôt de l'exécution figurative, suivant les articles 16. 28. & 29. du titre cité, soit qu'il decede après ou pendant les cinq années; mais avec cette différence pourtant que decedant pendant les cinq années, la veuve, les enfans ou autres ayant intérêt, peuvent être reçus à purger la mémoire du défunt, & remettre par là les choses au même état quelles étoient avant sa condamnation, ainsi que le condamné l'auroit pû faire lui-même en se représentant, au lieu qu'après les cinq années les parens ne peuvent être reçus à purger sa mémoire que par grace extraordinaire

du Prince, & après avoir obtenu des lettres du Grand-Sceau.

Après cette explication Mr. de Boutaric tranche la question en un mot, & d'une manière qui nous paroît très-raisonnable. Le Mariage, dit-il, contracté depuis la condamnation à mort, il faut ajouter l'exécution figurative, le condamné venant à decéder dans les cinq années sera valable, même pour les effets civils si les enfans qui en sont procréés sont en état de purger & purgent en effet sa mémoire; dans le cas contraire le Mariage ne subsistera que comme Sacrement; & les enfans qui en sont procréés sont incapables de la succession. *Vide* sur cette matière Louet & Brodeau, lett. E, chap. 8. Journal des Audiences, liv. 1. chap. 29. Le Bret en ses Questions, part. 1. liv. 1. décis. 5. Mornac sur la Loi dernière, Cod. de his qui veniam ætatis inpetrarunt. Servin en ses Plaidoyers, tom. 2. plaid. 66. Henry, tom. 1. liv. 6. chap. 1. quest. 6. Bardet, tom. 1. liv. 1. chap. 29. & liv. 2. chap. 32. Albert, verbo, Mariage, art. 14. Charondas en ses Réponses, liv. 13. réponse 53.

QUESTION III.

Des peines de ceux qui se marient contre les règles.

Droit Romain.

CEux qui se marient contre les règles sont punis des peines suivantes.

1°. Ils ne peuvent être honorés du nom de mari ni de femme, & leur société ne peut être appelée ni Nôces ni Mariage. §. 12. *inst.* 50. *Leg.* 4. & 6. *Cod. de incest. nupt.* ce n'est qu'un concubinage, parce que ce qui se fait contre la Loi *pro infecto habetur*.

2°. Ils ne peuvent repeter ni dot ni donation à cause des Nôces, bien que stipulés dans le contrat; il ne peut en effet y avoir ni dot ni donation à cause des Nôces que dans les Mariages légitimes; car bien qu'il puisse y avoir de Mariages légitimes sans dot *non tamen vice versa*.

3°. Les enfans nés de ces conjonctions illégitimes, ne sont pas sous la puissance de leur pere, ils sont bâtards, & on les ap-

144 *Traité du Mariage.*
pelle *spurii quasi sine patre.*

Il y a encore d'autres peines plus severes suivant l'exigence des cas aufquelles sont assujettis ceux qui se marient contre les défenses de la Loi, comme l'infamie, l'exil, le fouet si ce sont des personnes viles, la confiscation des biens à moins qu'il n'y eût des enfans légitimes d'un autre Mariage aufquels on accorde les biens à la charge de nourrir leurs parens. On peut voir à ce sujet les Loix qui sont dans la titre du Code *de incest. & injust. nupt. & la Nov. 12. chap. 1.*

Droit François.

Parmi nous les peines de ceux qui se marient contre les règles sont les mêmes à peu-près que par le Droit Civil; les conjoints ne peuvent pas être honorés du nom de mari & de femme, ni leur conjunction de celui de Mariage; ils ne peuvent repeter ni dot ni augment, ni aucunes conventions matrimoniales; les enfans nés de cette habitude ne sont point en leur puissance.

De plus, suivant la *Novelle 12. ch. 1.* dont on a extrait l'Authentique, *incestas,*
Cod.

Cod. de incestis & inutilib. nuptiis ; ceux qui avoient contracté des Mariages incestueux étoient punis par la confiscation de leurs biens , par l'exil , par l'infamie. Les usages du Royaume sont encore plus rigoureux ; car on condamne au feu ceux qui ont eu commerce ensemble sous quelque titre que ce puisse être dans la ligne directe de parenté à l'infini , & dans la ligne collaterale au premier degré seulement ; c'est-à-dire , entre freres & sœurs. Dans les degrés plus éloignés , comme la prohibition n'est que de droit ecclésiastique , on ne fait pas le procès aux coupables ; mais si le Mariage est consommé on le dissout , & on fait défenses aux Parties de se fréquenter jusques à ce qu'elles ayent obtenu les dispenses nécessaires & réhabilité le lien.



QUESTION IV.

De la dissolution du Mariage.

LE lien du Mariage est indissoluble, nous l'avons déjà dit. Il ne l'étoit à Rome que dans l'intention des contractans, parce que ce n'étoit qu'un contrat purement civil ; & lorsque le joug en paroïssoit trop pèsant, on pouvoit s'en affranchir par la voye du divorce, *missione libelli repud.* en vertu de quoi l'une & l'autre des Parties avoient la liberté de passer à des nouveaux engagements.

L'établissement de la Religion Chrétienne n'abolit pas d'abord cet usage, & les Empereurs chrétiens furent obligés de flatter cette liberté ou plutôt cette licence, en faveur d'un peuple qui en étoit extrêmement jaloux: mais en tollerant le divorce par un principe de politique, ils ressérèrent les causes qui permettoient de le demander ; & comme ils avoient de la société du Mariage une idée toute autre que des sociétés ordinaires, ils voulurent qu'on ne pût la rompre que dans des cas

extrêmement graves, & conséquemment assez rares, par où l'usage du divorce devenant moins fréquent pourroit insensiblement se perdre.

Ce fut dans cet esprit que les Empereurs Théodose & Valantinien Chrétiens l'un & l'autre, firent cette Constitution célèbre d'où l'on a tiré la Loi *Consensu* 8. *Cod. de repud.* On y trouve le détail des Causes respectives, en vertu desquelles le mari ou la femme pouvoient demander le divorce.

On cite communement cette Loi au Palais dans les Causes de séparation de corps, *separatio a thoro*; car bien que le Mariage soit parmi nous indissoluble, il n'en est pas de même de l'habitation: on peut en effet séparer les mariés pour des causes raisonnables qui viennent ordinairement du côté des hommes, & il n'est pas besoin que ces causes soient aussi graves que celles du divorce où il s'agissoit de refoudre le lien.

C'est donc un abus d'employer la Loi *Consensu* dans ces causes de séparation *athoro*, & l'on doit chercher ailleurs les principes de cette matiere. C'est le Droit Canon qui les fournit dans le chapitre *Ex*

transmissa, & dans le chapitre *Litteras tuas extra de restit. spol.* l'on y apprend que la haine & les mauvais traitemens du mari, portés jusques à un certain point, sont suffisans pour opérer la séparation de corps, encore faut-il observer que la condition des personnes entre pour beaucoup dans la décision de ces causes; car il en faut bien moins pour séparer une femme de condition que pour séparer la femme d'un Artisan. C'est ce qui résulte de la doctrine des Livres où l'on trouve tout plein d'exemples en cette matière; & c'est ce que j'ai vû pratiquer dans une infinité de causes de cette espèce que j'ai plaidées au Palais: cependant il ne faut pas croire que les excès du mari soient la seule cause des séparations à *thoro*; mais c'en est la principale & la plus ordinaire.

Il y a un autre sorte de séparation entre mariés, c'est celle qu'on appelle de biens qui n'emporte pas avec soi celle de corps *nec è contrà*; bien que du reste l'une & l'autre puissent concourir sur la tête des mêmes personnes.

La cause de la séparation des biens est la dissipation du mari & la décadance de ses affaires *marito vergente ad inopiam*,

dit la Loi, *ubi adhuc, Cod. de jure dotium*, qui est le siège de cette matiere, & dans le Ressort du Parlement de Toulouse nous expliquons ces paroles de la Loi par le cas de la distribution générale des biens du mari; car c'est le seul où l'on y permet la séparation des biens, rien n'étant plus propre en effet à prouver, *que vergit ad inopiam maritus*, que cette déconfiture.

L'effet de cette séparation est que la femme peut vendiquer sa dot en conséquence, à la charge d'en employer le revenu à se nourrir, elle, son mari & ses enfans s'ils en ont, sans pouvoir en aliéner le fonds; c'est ce qui est encore porté par la Loi citée; & quant à l'augment ou donation à cause des Noces *l'Authentiq. donationem, Cod. de jure dotium*, donne à la femme la même liberté; mais par la Jurisprudence du Parlement de Toulouse on se contente d'ordonner qu'il sera placé en mains sûres pour être délivré à la femme ou aux créanciers du mari, suivant l'événement du prédecès de l'un ou de l'autre. Qui plus est, on ordonne la même chose à l'égard de la dot en deniers, du moins quand elle est considérable, &

qu'elle est dans un pais où le mari peut la gagner en survivant, comme par exemple, à Toulouse, *Catellan*, liv. 4. chap. 26.

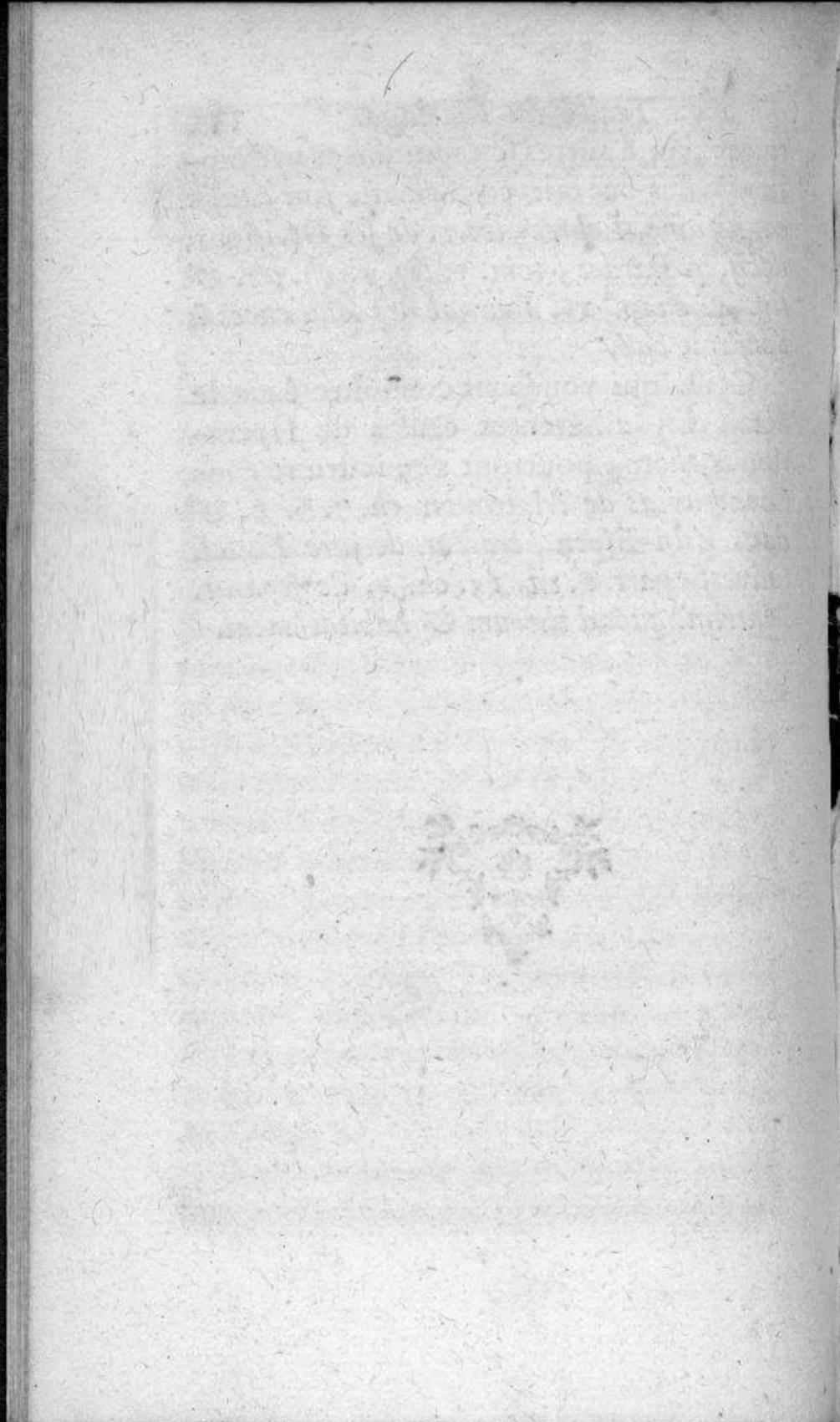
Au surplus, c'est une règle commune à l'une & à l'autre des séparations que les mariés ne peuvent les consentir volontairement, & qu'elles doivent être ordonnées par les Juges, *causa cognita*, après des informations ou enquêtes, ou autres éclaircissements qui équipolent. Il y a même eu des Arrêts qui ont défendu nommément aux Notaires sous des peines de recevoir des actes de séparation volontaire de corps ni de biens. On peut voir là-dessus *Mornac ad Leg. 62. ff. de donat. inter vir. & uxor. & sur la Loi 2. ff. de divortiiis & repud. Bouvot*, tom. 1. verbo, *séparation des biens*, & verbo *femmes séparées*. *Lebret*, liv. 2. de ses *Décisions*, décis. 7. *Bardet*, tom. 1. liv. 1. chap. 61. & livre 4. chap. 11. *Journal des Audiences*, tom. 1. liv. 1. chap. 122. & liv. 2. chap. 92. *Boniface*, tom. 1. liv. 5. tit. 8. chap. 1. & tom. 4. liv. 5. tit. 14. chap. 2.

Il y a pourtant des exemples où la longue durée de ces séparations volon-

raires, ou d'autres circonstances particulières, les ont fait confirmer, *sine causæ cognitione*. Lebret, liv. 2. de ses Décisions, décis. 7. Bardet, tom. 1. liv. 2. ch. 93. & liv. 4. chap. 11. Journal des Audiences à l'endroit cité.

Ceux qui voudront connoître dans le détail les différentes causes de séparation à *thoro*, pourront s'en instruire dans Covarruvias de Matrimon. ch. 7. §. 5. & dans Van-Espen, tractat. de jure Eccles. univers. part. 2. tit. 15. ch. 2. de separat. Matrim. quoad thorum & habitationem.







T R A I T É

D E L A

P U I S S A N C E

P A T E R N E L L E .



La puissance paternelle est le droit que le pere & les ascendants paternels ont, tant sur la personne que sur les biens de leur fils ou filles, ou autres descendants procréés d'un légitime Mariage en ligne masculine.

Ce traité s'explique en trois Questions: 1°. En quoi consiste la puissance paternelle & à qui appartient-elle. 2°. Comment s'établit-elle? 3°. Comment prend-elle fin?

Sur chacune de ces Questions, il faut traiter séparément les règles du Droit Romain, celles du Droit François & celles du Droit Coutumier.

QUESTION I.

*En quoi consiste la puissance paternelle ,
& à qui appartient-elle ?*

Droit Romain.

LE pere a ce droit sur ses enfans ,
pourveu qu'il soit lui-même *sui ju-
ris* , car celui qui est en la puissance d'au-
trui ne peut en avoir d'autres en la sienne.
Leg. si avum ff. ad Leg. jul. de aduter.
Le grand-pere paternel a pareillement
cette puissance sur ses petits-fils & petites-
filles du vivant même de leur pere , lors-
qu'il est encore dans les liens paternels ,
ou qu'en ayant été mis dehors par l'ayeul,
celui-ci a retenu sous sa main les enfans
qui étoient nés alors.

La mere n'a pas cette puissance , parce
que suivant le Droit Civil elle n'appar-
tient qu'au pere & aux ascendans paternels
privativement à tous autres ; ainsi l'ayeul
maternel n'y sçauroit prétendre , parce
qu'il ne tient à ses petits-fils que par sa
fille , laquelle n'a pas cette autorité sur

eux , & de qui par conséquent il ne fçau-
roit l'emprunter. §. 5. *just. de patr. potest.*
Leg. 4. C. eod.

La puissance paternelle , ainsi que celle
des maîtres , consistoit autrefois & par le
Droit Ancien dans le droit de vie & de
mort ; & même suivant le témoignage de
quelques Historiens dans le droit de ven-
dre les enfans & de les reduire en servitu-
de jusqu'à trois fois ; & c'est à ce sujet
principalement qu'il est dit dans ce titre
que la puissance dont s'agit est propre des
Citoyens Romains , & qu'il n'est point
d'homme qui en ait un semblable sur leurs
enfans , non que la puissance paternelle
considérée *in genere* ne soit du droit des
gens , & n'appartienne conséquemment à
toutes les Nations , *vix & lex nature* ;
semper indiétione parentum liberos esse
jussit , comme dit Pline dans le Panégyri-
que de Trajan ; mais considérée eu égard
aux anciennes mœurs des Romains , telles
que nous les avons décrites , on peut dire
qu'elle leur étoit propre , & qu'elle étoit
de leur Droit Civil. C'est ainsi qu'il faut
entendre ces mots du §. de ce titre *nulli &*
enim alii sunt homines qui talem in liberos
habeant potestatem ; sur quoi on peut voir

Vinnius qui l'a illustré par des Notes sçavantes & curieuses.

La rigueur du Droit Ancien dont nous avons parlé fut mitigé dans les suites, & la puissance paternelle des Romains sur la personne de leurs enfans reduite à ce qu'elle est aujourd'hui parmi nous; *cum in pietate non in atrocitate debeat consisterere. Leg. divers. ff. ad Leg. pomp. de parricidiis.*

Le second effet de la puissance paternelle, est que les fils de famille n'acquièrent rien qu'au profit de leur pere ou des ascendans paternels sous le pouvoir de qui ils étoient, en quoi pourtant il y a à distinguer entre les différens pécules, eu égard à la différence des temps. C'est ce que nous expliquerons plus bas sous le titre *per quas personas quique acquiritur.*

Il y a plusieurs autres effets de la puissance paternelle dont il sera parlé ci-après. Nous n'en faisons pas mention ici, parce que le texte des Institutes n'en dit rien, & que nous nous contentons ordinairement de vous les développer.

Droit François.

Accurse sur le §. 2. de ce titre a avancé que la puissance paternelle étoit inconnue en France, *Francigenæ prorsus absolutos tenent filios*, en quoi il s'est évidemment trompé, singulièrement eu égard au pais du Droit Ecrit, où cette puissance telle qu'elle étoit dans les derniers temps est reçue à peu près comme chez les Romains.

Conséquemment la puissance de tous les biens recueillis par droit de successions, ou acquis au fils de famille par son industrie appartiennent au pere, *jure patrie potestatis*; sauf néanmoins le pécule castrense ou quasi castrense.

3°. Qui plus est, le fils de famille ne peut pas disposer de ses biens par testament, même pour la propriété. *etiam patre permitente. Leg. qui in potestate ff. de Testam.* pas même dans le cas qu'il en a la pleine jouissance: *Leg. penult. Cod. qui testamentum facere possunt Leg. vult §. 5. versiculo filiis Cod. de bonis que liberis.* On excepte néanmoins de cette rigueur les biens acquis à la guerre ou au barreau, que nous

appelons *castrense* ou *quasi castrense*, & le fils de famille en peut disposer par testament, *Leg. ult. Cod. de in officio testam.*

4°. Il peut tester encore pour toutes sortes de biens même indistinctement, & sans le consentement de son pere, quand c'est en faveur de ses enfans & avec son consentement, quand c'est en faveur de la cause pie, c'est du moins la Jurisprudence du Parlement de Toulouse, elle est attestée par *M. Maynard*, liv. 5. ch. 1. & liv. 7. ch. 19. par *Mr. Duranty* en sa quest. 21. par *Ferriere* sur cette question, par *Mr. de Cambolas* liv. 2. ch. 31. & par *Mr. de Catellan* liv. 2. ch. 40.

5°. Ce que nous avons dit que le fils de famille ne peut pas tester, *etiam patre permittente*, sauf les cas exceptés, ne s'étend pas aux donations à cause de mort; car il lui est permis d'en faire *patre consentiente*, *Leg. 25. ff. de mortis causa donat. §. 1.* par cette raison si le testament fait par le fils de famille, contient la clause qu'il vaudra comme donation à cause de mort, il sera valable, *Maynard* liv. 5. ch. 2. & liv. 9. ch. 9. *Expilly*, liv. 2. ch. 40. *Chorier Jurisprudence de Guy-Pape* pag. 159. N°. 4. Il faut dire la même chose, si le testament

contient la clause *omni modo meliori* suivant les mêmes Auteurs, *Lapeyrere, lett. T. N°. 111.* assure qu'au Parlement de Bordeaux ces clauses sont de nul effet, & qu'il faut faire expressement une donation à cause de mort par acte special.

6°. Il est remarquable que le fils de famille peut non-seulement donner à des tiers à cause de mort, *patre consentiente*; mais qu'il peut donner valablement à son pere lui-même, *Cujas, consult. 44. Guid. Pap. quest. 223. Et ibi Ranchin Et Ferrier, Catellan, liv. 2. ch. 40. Lapeyrere, lett. D. N°. 108.*

7°. Le fils de famille ne peut pas s'obliger civilement pour argent prêté, *sine consensu patris*, à cause de la prohibition du *Senatus-Consulte, Macedonien*, il n'a pas ses propres enfans sous sa puissance, parce qu'il est encore sous celle de leur ayeul, il ne peut pas se marier contre le gré & sans le consentement de son pere, ce qui est expliqué plus en détail dans le Titre du Mariage.

8°. Par une suite de cette même puissance les peres peuvent substituer aux enfans pupilles, & faire testament pour eux des biens qui leur appartiennent en pro-

priété, leur nommer des tuteurs pour administrer leurs biens, & à plus forte raison les administrer eux-mêmes, pour pourvoir à leur éducation.

90. Comme à raison de cette puissance des uns, de cette dépendance des autres, le pere & les enfans ne sont regardés *fictione juris* que comme une seule & même personne, il arrive de-là qu'à l'exception des donations faites en contrat de mariage, toutes celles que les peres font à leurs enfans *in potestate*, quoique qualifiées *entre-vifs* & incapables, sont pourtant revocables à leur volonté, les enfans n'étant pas en droit de leur contredire, & ces donations n'ont véritablement leur effet que lorsque le pere en mourant les a confirmées, par son silence ou par une disposition expresse, en telle sorte qu'elles ne sont considérées que comme des simples donations à cause de mort, suivant la décision de la Loi 25. *ff. de donat. inter vir & uxor.* & cette Jurisprudence n'a pas été abrogée par la nouvelle Ordonnance des Donations, bien que l'art. 4. semble l'annoncer; car l'art. 46. décide nommément qu'à cet égard il ne sera rien innové, jus-

qu'à ce qu'il y ait été autrement pourvû par Sa Majesté.

10°. Ce respect dû à cette même puissance fait qu'un pere n'est jamais tenu de donner caution à son fils, pour quelque cause que ce puisse être suivant la Loi *Imperator. ff. ad Senatus Consult. Trebell.* Cette même puissance rend le fils de famille incapable d'exter en Jugement, soit en demandant ou en défendant *sine consensu patris*, il faut pourtant excepter les matieres bénéficiales, celles du pecule, *castranse* ou *quasi castranse*, celles du commerce, & même les criminelles en défendant.

Il suit de-là que la prescription ne court pas contre les enfans de famille, quoique majeurs, *contra non valentem agere non currit præscriptio*. D'abord cela fut ordonné par l'Empereur Constantin pour les biens maternels dans la Loi 1. *Cod. de bonis matern* ensuite Justinien dans la Loi 1. §. 2. *ff. de annali exceptione* étendit ce privilege à tous les biens adventifs, & dans la Nouvelle 22. *ch. 24.* sur la fin, d'où l'on a tiré l'Authentique *nisi triennale. Cod. de bonis matern.* il ordonna la même chose à l'égard des gains nuptiaux, ce qui a lieu

tant pour les immeubles que pour les sommes dûës au fils de famille, sans s'informer de quel temps on veut commencer la prescription, *Catellan, liv. 7. ch. 15.*

En est-il de même à l'égard des biens dont les enfans ont l'usufruit & la propriété tous ensemble; car ils l'ont dans le cas porté par l'Authent. *excipitur* & par l'Authent. *item hæreditas Cod. de bonis quæ liberis.*

Duperier a traité cette difficulté dans ses *Questions notables du Droit, liv. 4. quest. 14.* & il l'a résoluë pour la négative; c'est-à-dire, que la prescription selon lui court dans cette espèce contre le fils de famille, & il est vrai que toutes les Loix qui en décident autrement, ne se déterminent que sur cette circonstance; sçavoir, que le pere a l'usufruit des biens, & doit conséquemment avoir lui seul l'exercice des actions; ce qui fait qu'on ne peut imputer aucune inaction au fils, *Cambolas, liv. 3. ch. 1. favorise cette résolution, & Boniface, tom. 1. liv. 8. tit. 2. ch. 3. l'appuye solidement.* Il faut donc regarder les fils de famille à l'égard des biens adventifs, dont ils ont l'usufruit & la propriété, comme on les considère en égard au pécule, *quatrense*

& *quasi castrense*, dans tous ces cas ils ont la liberté d'agir & de se défendre en Justice ; il est vrai que lorsqu'il s'agit des pécules dont on a parlé, ils n'ont pas besoin du consentement du pere, parce qu'en cette partie ils sont *tanquam sui juris*, au lieu que dans l'autre cas beaucoup de Docteurs soutiennent qu'ils ne peuvent agir sans que le pere y consente, mais il convient qu'on peut l'y contraindre en Justice suivant ces paroles de la Loi dernière, *Cod. de bonis quæ liberis per officium Judicis patris imponendâ necessitate filio consentire, ne judicium sine patris voluntate videatur consistere.*

Mais de la difficulté qui vient d'être résolüe, il en naît un autre ; sçavoir, si la prescription des biens, dont le pere n'a point l'usufruit & dont il est néanmoins saisi, court à son profit contre le fils qui a toujours été en sa puissance ; il semble qu'il faudroit résoudre pour l'affirmative suivant les principes & les réflexions qui viennent d'être rapportées, & cependant on décide le contraire suivant le témoignage de Boniface au lieu préallégué, c'est même avec beaucoup de raison ; car on ne concevra pas que le fils de famille ait

pour agir contre son pere dans cette espece, la même liberté qu'il auroit contre des tiers, & contre des étrangers.

Nous venons d'expliquer les principaux effets de la puissance paternelle, car il y en a d'autres encore, mais ils seront placés plus à propos ailleurs; cependant ceux qui seront bien aise de les voir presque tous ramassés, peuvent se procurer cette satisfaction par la lecture de *Bretonnier sur Henrys, tom. 2. liv. 4. quest. 13.* où cette matiere est fort bien traitée.

Cette puissance paternelle, telle que nous venons de la décrire, est à-peu-près la même dans les quatre Parlemens du Droit Ecrit, elle ne finit pas par l'âge ni par le mariage, qui contre l'avis & le témoignage de plusieurs Auteurs célèbres, tels qu'Henrys au lieu qu'on vient de citer, n'émancipe constamment pas en pais de Droit Ecrit.

A l'égard du Parlement de Toulouse nous en avons la preuve dans tous les Auteurs domestiques, *Duranty, quest. 21. Mayn. liv. 5. ch. 2. & liv. 8. ch. 60. Dolive, liv. 3. ch. 3. Cambolas liv. 1. ch. 27. Catellan, liv. 5. ch. 51. & liv. 4. ch. 50. Graverol sur Laroche, liv. 6. tit 44. Boni-*

face, tom. 1. liv. 8. ch. 2. atteste la même chose pour le Parlement de Provence, & *Barry de Successionibus*, liv. 1. tit. 7. N°. 6. pour le Parlement de Grenoble.

La chose n'est pas tout-à-fait si nette à l'égard du Parlement de Bordeaux. Mr. Boyer qui en avoit été premier Président donne en maxime que dans toute la France le Mariage émencipe, c'est à la *quest. 19. n. 4. Automne dans sa Conférence sur la Loi 6. ff. qui testam. facere possint*, soutient la même chose. Mr. Maynard, liv. 9. chap. 9. affirme le contraire, & rapporte plusieurs Arrêts du Parlement de Bordeaux, qui décident qu'une fille mariée ne pouvoit tester. Lapeyrere qui a écrit plus récemment, *lettre E, n°. 6.* indique que dans ce Parlement la fille mariée est censée émencipée; mais il ajoute néanmoins qu'elle ne peut pas tester qu'il n'y aye une émencipation dans les formes: Ainsi l'émencipation tacite dont il s'agit, & qu'il faut regarder comme reçue à Bordeaux, est pour le moins assez frivole, & puis elle ne conclud rien pour celles des fils.

Les fils de famille sont *juris alieni*, nous venons de le voir. Les femmes mariées le

font aussi eu égard à leur père ; mais le font-elles eu égard à leurs maris ? C'est une question du moins en pays de Droit Ecrit. Papon a soutenu la négative au *liv. 5. de ses Arrêts, tit. 1. art. 15.* & selon lui en pays de Droit Ecrit les femmes ne sont pas sous la puissance de leurs maris, il en a été repris par nos Docteurs ; & quoiqu'à dire vrai, la puissance des maris soit moindre que dans le pays coutumier, il est pourtant certain que les femmes ne peuvent pas régulièrement entrer en jugement sans être autorisées par leurs maris, *Leg. maritur. Cod. de procuratorib.* & que lorsque les maris refusent de les autoriser, la Justice le fait pour eux.

Ce qu'il y a de certain encore, c'est que les femmes ne peuvent pas entrer en jugement à raison de leurs biens dotaux, à moins que ce ne soit conjointement avec leurs maris qui en ont la dominité civile, *Leg. in reb. Cod. de jure dotium, Leg. docem cillam. Cod. de rei vindicatione,* & qu'elles ne peuvent pas *constante matrimonio* vendre ni engager lesdits biens dotaux, *etiam marito consentiente*, à cause de la prohibition de la *Loi julia de fundo dotali* dont il est parlé dans la *Loi uniq.*

Cod. de rei uxor. actione, & autres lieux du Droit Civil.

Mais à l'égard des biens paraphernaux les femmes en sont les maîtresses absolues. *Leg. hac lege, Cod. de pact. convent. tam super dotem, &c.* Elles peuvent plaider à raison de cela, à raison du commerce si elles sont marchandes publiques, article 8. du titre de la décharge des contraintes par corps de l'Ordonnance de 1667. ou être mises en prévention : lorsqu'il s'agit du criminel, on commence même à négliger en ces trois la cérémonie de l'autorisation des maris sur cette matiere. *La-roche & Graverol in verbo, Autorisations Judicielles, liv. 6. tit. 10.* parlent de cette matiere.

Droit Coutumier.

La puissance naturelle des peres, qui consiste dans la reverance & dans le respect que leurs doivent leurs enfans, a lieu dans le pais coutumier comme dans celui de Droit Ecrit, & chez toutes les Nations un peu policées; mais la puissance civile dont nous traitons ici n'a presque point lieu dans le pais de coutume; &

Loiselen a fait une règle générale dans ses *Inst liv. 1. tit. 1. règle 38. droit de puissance paternelle*, dit-il, *n'a lieu*. Cela n'est pourtant pas si général qu'on ne la connoisse dans quelques Coutumes ; par exemple, dans celle d'Auvergne, Bourbonnois, Rheims, Berry, &c. les peres ont la même puissance sur les enfans qui ne sont pas émancipés que dans le pais de Droit Ecrit ; mais elle finit à un certain âge, suivant les diverses Coutumes ; il y en a même quelques-unes, comme celles de Bourgogne où la puissance paternelle finit dans le moment que les enfans sont hors la maison de leur pere, & qu'ils tiennent un ménage à part.

Dans la Coutume de Paris, & dans la plupart des Coutumes, les peres n'ont guere plus de pouvoir sur leurs enfans que les tuteurs sur leurs pupilles, ce qui s'entend lorsque les enfans ont des biens à eux ; car autrement ils vivent sous l'autorité de leur pere comme dans les autres pais.

Lorsqu'ils ont des biens, les enfans tombent dans la garde noble ou bourgeoise de leurs parens suivant leurs conditions. Nous allons développer cela,

eu égard principalement à la Coutume de Paris.

La garde est la faculté accordée en jugement au pere, à la mere, à l'ayeul & ayeule nobles, & aux pere & mere bourgeois d'avoir l'administration des meubles, & de faire les fruits siens des immeubles appartenans à leurs enfans mineurs aux clauses & conditions portées par la Coutume. La Coutume de Paris distingue deux sortes de garde, la noble & la bourgeoise, article $\frac{265}{2}$. & 266.

La garde noble est celle qui est accordée au survivant des pere & mere, & à leur défaut ayeul & ayeule sur leurs enfans mineurs jusqu'à vingt ans pour les mâles, & quinze ans pour les filles.

Les Auteurs tiennent communement, que la garde noble a été établie à l'occasion des fiefs; comme les vassaux étoient obligés de servir à la guerre leur Seigneur, lorsque les vassaux étoient mineurs & incapables de servir à cause de leur âge, leurs peres alloient à la guerre pour eux, & pour se dédommager jouissoient des revenus de leurs biens. C'est là, dit-on, l'origine de la garde noble, telle que nous la voyons aujourd'hui.

La garde bourgeoise ne s'est pas établie par la même raison ; car les roturiers étoient incapables autrefois de posséder des fiefs. Cette garde est pourtant ancienne, & il y a des Lettres Patentes de Charles VI. du 5. Août 1390. qui confirment ce privilege accordé aux Bourgeois par Charles V. dès le 9. Août 1371.

Les deux gardes conviennent en plusieurs choses, & diffèrent en quelques autres ; l'explication des unes & des autres renferment tout ce qu'on peut dire à ce sujet dans des instituts.

1°. Les gardiens nobles & bourgeois des mineurs ont également l'administration des meubles, jouissent de leurs héritages & autres immeubles pendant la garde, & sont tenus de payer les dettes personnels & mobilières ; c'est-à-dire, celles qui n'ont pas nature d'immeubles, comme les rentes constituées & foncières l'ont dans le pais coutumier, & d'acquitter les mineurs desdites dettes personnelles & mobilières ; ce qui a donné lieu à cette regle de Droit Coutumier, *qui la garde prend quitte, la rend, article 257.*

2°. La garde noble & la garde Bourgeoise se doivent accepter en jugement,

& les gardiens doivent faire inventaire, article 269.

3^o L'un & l'autre garde finissent par les secondes nôces de celui ou de celle qui les a acceptées, article 268.

4^o. Pendant la garde noble & bourgeoise sont élus tuteurs aux pupilles & curateurs, aux mineurs, si besoin est, pour intenter, défendre & déduire les actions réelles & personnelles, autres que pour les fruits & revenus échus pendant la garde, & les susdites actions réelles & personnelles les gardiens ne peuvent les intenter ni déduire suivant l'art. 270. à moins qu'ils n'aient aussi la qualité de tuteurs; car ces deux qualités sont compatibles en une même personne suivant l'article 271.

5^o. La garde noble ou bourgeoise ne peut être prohibée par testament, parce que c'est un droit legal accordé au survivant des pere & mere, auquel un testateur ne peut déroger, *juri enim publico derogare non licet.*

6^o. Il est loisible d'accepter la garde ou non; & si on veut l'accepter, il faut la demander en justice, article 269. mais quand l'acceptation en a été faite le gardien ne peut y renoncer ni changer de

volonté au préjudice des mineurs.

7°. Les mineurs ne tombent pas deux fois en garde, & ainsi lorsqu'elle a été une fois acceptée elle ne va pas à aucun autre des ascendans, soit qu'elle soit finie par la mort ou par les secondes nôces de celui qui l'avoit acceptée, *quia nemo bis gravari debet eodem jure*. La garde en son origine étoit favorable aux mineurs, étant devenues dans les suites du moins le plus souvent un pillage de leurs biens; car comme dit Dumoulin sur l'article 32. de l'ancienne Coutume de Paris, nombre 2. *custodia nihil aliud est quam de prædatione pupillorum & orphanorum quos tamen lex divina & naturalis & omnis lex humana bene posita jubet ab omni injuriâ protegi*.

8°. Le gardien noble ou bourgeois a l'administration des meubles, & la jouissance des immeubles appartenans aux mineurs assis dans la ville de Paris ou dehors, article 207.

9°. Le gardien est obligé de jouir comme un bon pere de famille, comme tout tout autre usufruitier; en sorte qu'il ne peut pas même changer l'état des lieux, encore moins les dégrader à peine d'être tenu de tous dépens, dommages & intérêts.

10°. Le gardien est tenu des réparations viagères & d'entretien comme les autres usufruitiers ; & quoiqu'il ne soit pas tenu des grosses réparations, il est pourtant obligé de tenir la main à ce qu'elles soient faites à peine de tous dépens, dommages & intérêts, & les gardiens nobles ni bourgeois ne peuvent en cette qualité vendre ni aliéner les biens des mineurs.

11°. Les gardiens nobles & bourgeois peuvent être tuteurs, ces deux qualités n'étant pas incompatibles, ainsi qu'on l'a dit ; mais celui qui a accepté la tutelle avant la garde & sans protestation, ne peut ensuite demander la garde, article 271.

12°. Les gardiens nobles & bourgeois sont tenus de faire inventaire, de nourrir & entretenir les mineurs selon leur qualité, payer les charges annuelles des héritages dont ils ont la jouissance, & acquitter les dettes personnelles & mobilières de ceux dont ils ont la garde, article 267.

13°. La garde tant noble que bourgeoise ne comprend que les héritages appartenans aux mineurs lors de son ouverture de quelque ligne qu'ils soient, & non ceux qui leur étoient après en ligne directe.

ou collaterale dont le gardien n'a que l'administration comme des meubles, ou à son défaut il faut créer un tuteur pour les administrer. C'est une résolution sûre à présent au Parlement de Paris, après avoir été diversement agitée & décidée par les Auteurs, & par les Arrêts pendant près de deux siècles.

14°. La garde finit de la part des mineurs par l'âge préfini par la Coutume, & de la part du gardien par un second Mariage, article 268.

Mais ces deux gardes diffèrent entre elles. 1°. En ce que le gardien bourgeois est tenu de donner caution, de laquelle le gardien noble est déchargé, article 269.

2°. En ce que l'ayeul & l'ayeule nobles au défaut des pere & mere des mineurs sont admis à la garde noble de leurs petits-enfans, & qu'au contraire il n'y a que les pere & mere qui puissent prendre la garde Bourgeoise, article 265. & 266.

3°. En ce que les pere & mere, ayeul & ayeule nobles, jouissent de cet avantage, soit qu'ils ayent leur domicile dans la ville de Paris ou dehors par les Art. 265. & 267. & que la Garde Bourgeoise n'est accordée qu'aux Bourgeois de Paris,

art. 266.

4°. En ce que la Garde Noble dure plus que la Garde Bourgeoise ; en effet , la Garde Noble va pour les mâles jusques à vingt ans , & pour les filles jusques à quinze , & la Garde Bourgeoise ne va pour les mâles que jusqu'à l'âge de quatorze ans , & pour les filles jusques à douze ans , art. 268. En Normandie la Garde Noble des mineurs n'appartient pas aux peres ni aux meres ni autres ascendants , mais aux Seigneurs des fiefs ; elle ne donne au gardien que la jouissance du fief qui est dans sa mouvance ; de sorte qu'il y a autant de gardiens qu'il y a des Seigneurs immédiats des fiefs que possède le mineur , sauf néanmoins lorsqu'il y a quelque fief dans la mouvance immédiate du Roi ; car la Garde Royale attire toutes les autres ; c'est-à dire , qu'elle attribue au Roi le droit de jouir de tous les autres fiefs du mineur en quelque mouvance qu'ils soient ; mais le Roi accorde presque toujours aux mineurs le fruit de leurs fiefs , & se réserve seulement le droit de présenter aux Bénéfices , dont le patronage est attaché aux fiefs conséquemment dans cette Province & suivant les Art.

213. 214. & 215. & suivans de sa Coutume: il y a deux sortes de Garde Noble, la Seigneuriale & la Royale.

L'origine de cette Garde Normande est la même que celle de Paris, mais du même fait on tire des conséquences différentes, autrefois les possesseurs des fiefs étoient obligés, ainsi qu'on l'a dit ci-devant au Service militaire & à suivre leurs Seigneurs à la guerre; de sorte que quand le Vassal n'étoit pas en état de servir à cause de son bas âge, le Seigneur prenoit les fruits du fief servant pour faire servir un autre personne à sa place; c'est ainsi qu'on raisonna en Normandie, on raisonna différemment à Paris, & avec plus d'humanité, le pere du vassal mineur y fut regardé, comme subrogé de Droit au service dont il étoit tenu, & pour cette raison on lui donna les fruits de ses fiefs, & dans les suites ceux de tous les autres héritages.

Tout ce qui vient d'être dit est extrait des différens Instit. coutumiers, dont a parlé plusieurs fois; mais singulièrement de la compilation de tous les Commentateurs de la Coutume de Paris faite par Claude Ferrière, Professeur à Rheims,

tit. 3. sur l'art. 265. de cette Coutume & suivans, tous ceux qui regardent cette matiere coutumiere, eu égard à Paris, sont renfermés dans le tit. 12. de la Coutume dont s'agit, intitulé de Garde-Noble & Bourgeoise; ils sont même assez clairs pour qu'on en puisse connoître & développer les dispositions, sans avoir grand besoin du secours des Auteurs.

Il faut parler à present des femmes & reconnoître d'abord qu'en Pais Coutumier, elles sont beaucoup plus véritablement qu'en Pais de Droit Ecrit sous la puissance de leurs maris; cette matiere est fort bien traitée en plusieurs endroits, & notamment dans Coquille en son Institut. Cout. tit. du Droit des Meres, dans Loiseau des Offices, liv. 5. ch. 2. n°. 26. & suivans, Argout, t. 1. tit. 2. de ses Instit. liv. 3. ch. 19. Ferriere Institut. Cout. tom. 1. liv. 1. tit. 10.

Voici ce qu'il y a de plus essentiel à observer sur ce sujet.

Les maris dans le Pais Coutumier en vertu de la puissance qu'ils ont sur la personne de leurs femmes, l'ont aussi de leurs biens, dont ils peuvent pendant le mariage se qualifier Seigneurs & Maîtres,

soit qu'ils leur ayent été baillés en dot ou non , en telle sorte que tous actes de pouvoir , d'honneur , de dignité , de titre dépendans desdits biens , appartiennent aux maris du chef de leurs femmes.

C'est donc un principe constant dans le País Coutumier que dès le moment que la femme est mariée , elle tombe en la puissance de son mari , & ne peut contracter ni plaider sans être autorisée de lui , soit qu'il s'agisse d'une simple administration , d'une obligation mobilière ou de l'alienation , & de tous les contrats qu'elle passe , & les Jugemens rendus contre elle sont nuls , tant à son égard qu'à l'égard de son mari , si elle n'a pas été autorisée , art. 223. & 224. de la Coutume de Paris , à moins qu'elle ne soit séparée des biens , ou bien marchande publique , faisant commerce séparé & autre que celui de son mari.

On peut y joindre une troisième exception , c'est lorsqu'elle est accusée en matière criminelle ; car il n'est pas nécessaire pour la validité de la Procédure qu'elle soit autorisée ; mais elle ne peut point intenter d'action criminelle sans l'autorisation de son mari , ou de la Justice à son

refus ; & si la femme est condamnée à quelque amende ou autre peine pécunaire, la somme en laquelle elle aura été condamnée, ne pourra être exigée qu'après la dissolution de la Communauté, non pas même sur les propres ni sur la dot, dont la jouissance appartient au mari, aux droits duquel la femme ne peut nuire.

QUESTION II.

Comment s'établit la puissance paternelle.

LES Romains distinguoient trois différens moyens pour acquérir la puissance paternelle ; sçavoir, le Mariage, la Légitimation & l'Adoption. Nous parlerons des uns & des autres dans trois points différens, nous ne nous étendrons cependant pas beaucoup sur le dernier, parce qu'il n'est plus en usage parmi nous.

§. I.

*Comment la puissance paternelle s'acquiert
par le Mariage.*

La puissance paternelle n'étant autre chose que le droit qu'a le pere sur la personne & sur les biens de ses enfans , ainsi que nous l'avons dit ; le mariage est par une conséquence necessaire le moyen le plus naturel & le plus légitime pour acquérir cette puissance.

De-là vient que l'enfant est toujours censé appartenir à l'époux de celle qui lui a donné le jour , *pater est is quem justæ nuptiæ demonstrant. Lég. 5. ff. de in jus vocando.* Cette maxime fondée sur une présomption naturelle & autorisée par la Loi , doit être regardée comme un des principes les plus inébranlables dans le Droit ; elle est également necessaire pour assurer l'état des hommes & pour le repos & la tranquillité des familles & de la société.

Quelque déclaration & quelque serment que puissent faire la mere & l'époux pour désavouer l'état de l'enfant , la pré-

ſomption de la Loi l'emportera toujours , même dans le cas où la mere auroit été convaincuë d'adultere dans quelqu'autre occasion. *Leg. 6. ff. de his qui ſui vel alien. jur. leg. 29. §. ult. de probat. l. 11. §. 9. ff. ad leg. jul. de aduter.* La préſomption cederait néanmoins à la vérité , ſi par des preuves claires on établifſoit que le fruit ne peut appartenir au mari , comme dans le cas de l'abſence , de l'impuiſſance , &c. *l. 6. ff. de his qui ſui vel alien. juris l. 1. §. 14. ff. de agnoſcend. & aliud. liber.*

Il faut cependant remarquer que deux choſes ſont abſolument neceſſaires pour donner lieu à la préſomption , & afin d'établir la puiſſance paternelle.

La premiere , c'eſt que l'enfant ſoit né dans le juſte terme , qui eſt ordinairement de neuf mois , il peut cependant être plus long , & s'étendre juſqu'à dix mois ou plus court & n'être que de ſept , les Loix ayant ſur cette matiere adopté le ſentiment d'Hypocrate , *propter autoritatem doctiſſimi viri Hypocratis , cum qui ex juſtis nuptiis natus ſeptimo menſe natus eſt juſtum eſſe filium. leg. 12. ff. de ſtatu homin. poſt decem menſes natus non admittitur ad legitimam hæreditatem. l. 3. ff. de ſuis & legit. hæred.*

Telle est la décision des Loix qui ont adopté , comme nous avons dit , le sentiment d'Hypocrate , mais les Arrêts ne s'y sont pas toujours conformés , nous en trouvons qui ont déclaré des enfans légitimes , quodique conçûs cinq ou six mois seulement avant leur naissance , & nous en trouvons aussi qui ont déclaré légitimes des enfans , quoique nés le onzième mois après la mort de leur pere. *Voyez Brodeau, lettre E. somm. 5. Mynard, liv. 5. ch. 77. Journal des Audiences, tom. 1. liv. 3. ch. 26. Mornac sur la Loi septimo mense ff. de stat. homin. Ferriere tract. variū s. c. Trebell. ch. 28.*

La seconde condition necessaire pour acquerir la puissance paternelle , c'est que le mariage soit légitime & contracté suivant les Loix , car les enfans nés des conjonctions illégitimes ne sont pas sous la puissance du pere, ils sont regardés comme bâtards , ainsi que nous l'avons dit sur le titre du mariage.

Il convient d'observer à ce sujet qu'il y avoit chez les Romains une espee de conjonction autre que le mariage , autorisée par les Loix anterieures à l'établissement du Christianisme , & connue sous le nom

de concubinage , c'étoit l'union de deux personnes qui étoient libres de se marier , qui cohabitoient ensemble sans avoir observé les formalités prescrites pour le mariage , & sans avoir formé le vœu d'un lien indissoluble.

On distinguoit les enfans nés de cette espece de conjunction qu'on appelloit *liberi naturales* , d'avec ceux qui étoient nés d'un commerce public qui s'appelloient *Spurii seu vulgò quæsitii* , & de ceux qui étoient nés d'un commerce adulterin ou incestueux , appellés *adulterini aut incestuosi*.

Les premiers , c'est-à-dire les enfans naturels , ne pouvoient succéder à leur pere décédé *ab intestat* , & sans enfans légitimes en la fixième partie de leurs biens & par Testament , ils en auroient pû recueillir davantage , *Auth. licet patri C. de naturalib. lib.*

Les autres bâtards appellés *spurii* , les adulterins & ceux nés d'un commerce incestueux , étoient incapables de rien recevoir de leur pere , pas même à titre d'alimens.

Le concubinage proprement dit , n'a pas eu parmi nous la même faveur que

184 *Traité de la puissance*
chez les Romains ; & selon les Loix du
Royaume les enfans naturels sont exclus
de la succession de leur pere & mere, tout
comme les *vulgo quæfiti*, les adultérins
& les incestueux : les uns & les autres y
sont traités de la même manière eu égard
aux alimens ; ils sont en droit par nos
mœurs de les demander à leur pere , jus-
qu'à ce qu'ils soient en état de gagner leur
vie , & nous nous sommes en cela conformés
à la disposition du Droit Canonique
dans le chap. *cum haberet ext. delo qui
duxit in matrim. quam poll. per adulter.*
*Journal du Palais tom. 1. pag. 754. Cam-
bolas liv. 1. chap. 1. Dolive liv. 5. chap. 54.
Louet & Brodeau lett. A. art. 6. Catellan
liv. 8. chap. 96.*

§. II.

De la Légitimation.

Droit Romain.

La légitimation est un Acte de la Loi
qui rend légitime & capable des effets ci-
vils celui qui est né d'une concubine , &
conséquemment un moyen d'établir la
puissance paternelle.

La

La légitimation suivant le Droit Civil se fait de quatre manieres.

1°. Par le mariage subséquent lorsque celui a eu des enfans d'une concubine libre d'ailleurs, & qui eût pû contracter valablement, se marier avec elle après avoir passé préalablement Contrat contenant les conventions matrimoniales, car c'est une convention essentielle dans ce cas, bien quelle ne le soit pas dans les mariages ordinaires.

2°. Par les Lettres du Prince lorsque le pere obtient de lui que son fils soit regardé comme légitime, & comme tel déclaré capable & participant de tous les effets civils. Cette nouvelle façon de légitimer a été introduite par Justinien en sa *Nov. 86. chap. 9.*

3°. *Per oblationem curiæ*, sçavoir lorsque le pere naturel offre son fils, ou que son fils s'offre lui-même à la Cour ou au Conseil politique de la Ville dont ils sont natifs, & qu'en conséquence le fils devient curial ou décurion, *§. ult. inst. de nupt. leg. 3. C. 10. cod. de natus liber.*

4°. Par la dénomination de *fils* donnée à l'enfant naturel dans le Testament ou dans quelque autre Acte public, sans avoir

186 *Traité de la puissance*
ajouté la qualification de naturel, *Nov.*
117. chap. 2. il est vrai que cette façon de
légitimer fut de peu de durée.

Droit François.

Nous ne reconnoissons en France que deux sortes de légitimation, celle qui se fait par le mariage subséquent, & celle qui se fait par le rescrit du Prince.

Pour que les bâtards soient légitimés par le mariage subséquent, il faut qu'au temps de leur naissance ou de leur conception le pere & la mere eussent peu se marier, & qu'il n'y eût aucun empêchement entre eux; c'est ce qui est marqué par les paroles de l'Empereur Justinien, *hoc titulo cujus matrimonium minimè legibus interdictum fuerat*; & telle est aussi la disposition du Droit Canon dans le *chap. tanta est vis, extra qui filii sint legitimi.*

Ainsi par Arrêt du Parlement de Paris rapporté dans le 2. tom. du *Journal des Audiences liv. 4. chap. 4.* des enfans nés d'un commerce adultérin furent déclarés illégitimes & incapables de succéder malgré le mariage subséquent de leur pere &

mere ; cette décision est fondée sur ce qu'on a donné au mariage subséquent un effet retroactif au jour de la conception des enfans , ou pour que cette fiction ait lieu , il faut que dans le temps dont s'agit il n'y eût pas d'obstacle.

Il faut pourtant remarquer que l'empêchement pour être un obstacle à la légitimation , doit être non-seulement de ceux qu'on appelle dirimans , mais tel encore qu'il ne puisse être levé par aucune dispense ; ainsi par l'Arrêt qu'on trouve dans le 1. tom. du *Journal des Audiences* page 716. & dans *Lebrun traité des successions liv. 1. chap. 2. distinct. 1.* il a été jugé qu'un Clerc tonsuré pourvû d'un Bénéfice simple , pouvoit en le quittant légitimer par *subsequens matrimonium* , les enfans qu'il avoit eu d'une concubine , quoique conçus ou nés dans le temps que le pere actuellement Bénéficiaire ne pouvoit épouser la mere ; il y a lieu de juger aussi suivant *Lebrun* , que le mariage subséquent fait entre cousins germains avec dispense du Pape , légitimoit auparavant les enfans nés d'un commerce incestueux.

La légitimation par un mariage subséquent ne profite pas seulement aux

bâiards, mais aux enfans de ceux-ci, supposé que les bâtards fussent morts eux-même, ou quelqu'un d'eux lors du mariage subséquent de leur pere & mere; c'est ce que Lebrun prouve fort bien au lieu préallegué n. 21.

A l'égard des effets de cette sorte de légitimation, il est certain que le Droit Canon & les Arrêts l'ont tellement favorisé, que les enfans légitimés en cette manière sont égalés en toutes choses à ceux qui sont nés légitimes; ainsi ils font cesser la condition *si sine liberis* apposée au fideicommiss, ils succèdent, ils recueillent les dispositions faites au profit des enfans légitimes & prennent leur droit de légitime, ils profitent de leur droit d'aînesse lorsqu'il y a lieu, tout de même que ceux dont la naissance a été précédée d'un mariage légitime, *Lebrun au lieu cité n. 16. & suiv.*

L'Empereur Justinien exige dans le titre *de nuptiis*, comme une condition nécessaire pour la légitimation des enfans *per subsequens matrimonium*, que le mariage soit précédé d'un Contrat dotal *instrumentis compositis*; mais cela n'est pas observé parmi nous, non-plus que ce qui

est porté par la Nouvelle 82. *quibus modis naturales efficiuntur legitimi*, touchant la déclaration que doit faire le pere du nombre des enfans qui doivent être légitimés, & du consentement que les enfans doivent donner eux-mêmes à la légitimation : nous suivons à la lettre la disposition du Droit Canon dans le chap. *tanta est ex qui filii sint legitimi* qui donne au mariage l'effet de légitimer *ipso jure* les enfans nés auparavant, & ce qu'on observe communément de les mettre lors du mariage sous le poële *proles sub pallio*, n'est qu'une simple cérémonie dont l'obmission ne feroit pas que les enfans fussent moins légitimes.

Il faut pourtant reconnoître qu'il seroit à désirer que l'état de ces enfans qu'on légitime par *subsequens matrimonium*, fut constant & fixe d'une manière sûre ; car il peut se commettre bien de fraudes en cette matiere, & un homme qui a conçu de l'aversion pour ses parens ou pour ses substitués, pourroit se donner des enfans naturels *ad effectum legitimationis*, auxquels il n'auroit aucune part ; on peut voir sur cela le *Journal du Palais tom. 1. page 712.*

La légitimation par Lettres du Prince n'a pas les mêmes avantages que la précédente ; on en jugera aisément par ce qui suit, nous l'avons extrait presque entier de Lebrun dans son *Traité des Successions liv. 1. chap. 1. distinct. 2.* où cette matière est fort bien traitée d'après les anciens Auteurs qui en ont écrit.

1°. Les Lettres de légitimation ne donnent au légitimé aucun droit à la succession de ses parens, à moins qu'elles contiennent une clause expresse & précise qui les en rende capables, autrement elles ne passent que pour une simple dispense à l'effet de tenir des honneurs & dignités.

2°. Il faut que les enfans soient nés d'un simple concubinage *ex soluto & soluta* ; car s'ils sont nés d'un adultère ou d'un inceste, ou de quelque autre conjonction illicite, les Lettres de légitimation ne les rendent pas capables de succéder.

Ce n'est pas que le Roi par la plénitude de sa puissance ne puisse légitimer toute sorte de bâtards, & ceux qui sont nés d'un commerce adultérin, même incestueux ou sacrilège, comme ceux qui le sont *ex soluto & soluta* ; mais les premiers à cause de la honte de leur origine, ne

peuvent jamais succéder à pere ni mere *etiam ex testamento*, quand même les héritiers présomptifs auroient consenti aux Lettres de légitimation & à leur enregistrement.

3°. Il faut que les Lettres de légitimation soient obtenues & intèrinées du consentement du pere, suivant l'Ordonnance d'Henry III. vérifiée à la Chambre des Comptes le 14. Novembre 1579. & ce consentement est si essentiel, que si le pere venoit à décéder avant l'enregistrement des Lettres, la clause de pouvoir succéder n'auroit pas d'effet.

Ce qui vient d'être dit du consentement du pere se doit appliquer à celui de la mere, qui est nécessaire pour rendre les enfans capables de lui succéder, sans dans le Ressort du Parlement de Grenoble, suivant un ancien usage attesté par Espilli, & dans les Coutumes de Saint-Omer & de Valancienne, où l'enfant naturel succède à la mere sans légitimation.

4°. Il faut que ceux qui ont intérêt à la légitimation, c'est-à-dire, les héritiers présomptifs y consentent, sans quoi la clause de succéder n'a lieu ni pour la succession testamentaire, ni pour celle que nous appellons *ab intestat*.

Les Auteurs se font néanmoins étrangement partagés là-dessus ; mais Lebrun assure que l'opinion dont on vient de parler a été autorisée par la Jurisprudence des derniers Arrêts.

M. de Boutaric ne s'est pas néanmoins rendu à ce témoignage , & prétend que si le consentement des héritiers présomptifs & nécessaires , ce ne peut être que dans les pais Coutumiers où les collatéraux ont un droit acquis sur les biens par la force de la Coutume , & non dans les pais du Droit Ecrit , *ubi quilibet rei suæ moderator & arbiter est.*

Mais toute cette dispute paroît devenir inutile par un point de fait , c'est qu'on n'accorde constamment , du moins depuis long-tems , des Lettres de légitimation avec la clause de succéder , qu'en ajoutant cette condition expresse que les héritiers présomptifs y donneront leur consentement : conséquemment par le défaut de consentement la clause demeure inutile & sans effet.

Lebrun fait au sujet de ce consentement des héritiers présomptifs une observation importante & judicieuse , sçavoir qu'il faut l'entendre des héritiers qui se trou-

vent au tems du décès du pere naturel, en telle sorte que si ceux qui avoient consenti étoient précédés, leur consentement ne nuiroit pas aux parens qui prennent leur place, quand même ceux-ci seroient leurs héritiers; il est vrai que les nouveaux héritiers présomptifs du pere naturel pourroient pour lors prêter un consentement de leur chef, par où la clause de succéder recevroit son exécution en faveur du légitimé.

Il faut excepter de ce qui vient d'être dit au sujet du consentement le cas de la succession reciproque de plusieurs freres enfans naturels d'un même pere & d'une même mere, car ils se succèdent les uns aux autres en vertu de la légitimation obtenue par le pere & sans y avoir donné un consentement formel, parce que le titre de leur légitimation est celui de cette succession réciproque qui a lieu entre eux, ce qui arrive à l'instar d'une famille étrangere qui est naturalisée, *Bacquet part. 2. du droit de bâtardise chap. 13. n. 4.*

5°. Il faut que ces Lettres de légitimation soient interinées à la Chambre des Comptes pour l'intérêt du Roi, & au Parlement pour celui des successions; car s'il

s'éleve des contestations à ce sujet, c'est au Parlement qu'elles se traitent, cette condition de l'entérinement dans ces deux Cours, à cet effet qu'elle suffit contre le fisc au défaut de presque toutes les autres dont on vient de parler, & c'est assez contre le fisc que le bâtard aye obtenu des Lettres de légitimation, & qu'il les aye fait intèrer.

Il est remarquable que les bâtards légitimés par le Roi, & les parens qui ont consenti à la légitimation se succèdent réciproquement; mais ce qu'il y a de singulier, c'est que les parens qui n'ont pas consenti à la légitimation succèdent aux bâtards à l'exclusion du fisc, quoique les bâtards ne puissent leur succéder, *Lebret Traité de la Souveraineté liv. 1. chap. 12. Bacquet du droit de bâtardise part. 2. chap. 13. & 14.*

Le pere qui a des enfans légitimes ne peut faire légitimer ses bâtards à l'effet de succéder, Lebrun suppose néanmoins que cela se peut, pourveu que les enfans légitimes y consentent, & qu'ils soient dans l'âge requis pour donner un consentement valable, ce qui rendant l'évènement très-difficile, semble laisser subsister

la thèse ; mais l'effet de la légitimation n'est pas emporté par la survenance des enfans légitimes , *Brodeau sur Louet lett. M. n. 7.* rapporte un Arrêt qui admet un enfant légitimé à demander la légitime sur les biens de son pere contre le fils légitime , né depuis la légitimation & institué héritier universel , Lebrun semble néanmoins être d'un avis contraire au lieu cité n. 27. fondé sur la regle qui requiert le consentement des héritiers présomptifs *tempore mortis.*

Quelques Auteurs anciens même des plus notables , ont crû que les enfans légitimés par le Roi faisoient défailir la condition *si sine liberis* apposée aux substitutions , Lebrun quoique moderne entre même à ce sujet dans quelques distinctions que l'usage n'autorise pas ; car parmi nous c'est une regle sûre qu'il n'y a que l'existence des enfans légitimes ou légitimés *per subsequens matrim.* qui fait évanouir la condition *si sine liberis* , Maynard liv. 5. chap. 39. Barry dans son Traité des Successions liv. 17. tit. 12. n. 6.

On a pû remarquer que ce n'est pas le seul avantage qu'ont les enfans légitimés *per subsequens matrim.* sur ceux qui

le sont par Rescrit du Prince ; si on veut les connoître dans un plus grand détail, il n'y a qu'à consulter Lebrun au lieu préallegué.

Les Coutumes ne fournissent rien de particulier sur cette importante matiere, en la détachant comme nous avons fait des conventions matrimoniales.

§. III.

DE L'ADOPTION.

Droit Romain.

L'adoption est un acte de la Loi qui imite la nature, & qui a été introduite pour la consolation de ceux qui n'ont pas d'enfans.

L'adoption est double, la spéciale, & l'adoption dite l'adrogation.

La spéciale se faisoit par l'autorité du Magistrat, & n'avoit lieu que pour les fils de famille ; il est vrai que le droit des peres ne recevoit aucun préjudice de cette adoption, du moins qu'en l'adoptant étoit un étranger ; car outre que le consentement du pere naturel étoit nécessaire,

il retenoit d'ailleurs son fils en sa puissance malgré l'adoption, le pere adoptif n'y acqueroit rien, & le fils adopté n'y gagnoit que l'esperance de la succession *ab intestat*.

Mais si l'adoption étoit faite du consentement du pere naturel par une personne non étrangere (termes par lesquels l'Empereur entend les ascendans paternels ou maternels) en ce cas le concours des descendans de la nature & de ceux de la Loi ; c'est-à-dire que l'adoption transféroit la puissance paternelle dans la personne de l'adoptant, §. 2. *hoc tit.*

L'adrogation est l'acte par lequel celui qui étoit *sui juris paterfam.* étoit adopté en vertu de la permission du Prince, *principis rescripto*, on assigne à cette expression deux ou trois différentes origines, dont il importe peu de s'occuper.

Ceux qui peuvent être adoptés, sont.
1°. Les fils de famille tant naturels qu'adoptifs *non ab extraneo*, & les adrogés peuvent être adoptés du consentement du pere naturel ou légitime.

2°. Les Enfans d'autrui pouvoient être adoptés pour tenir place de fils, de petit-

filz, d'arrière-petit-fils, ou d'un descendant plus éloigné, même de la part de celui qui n'a pas de filz.

Il faut observer que lorsque l'adoptant avoit déjà un filz, ou naturel ou adoptif, il ne pouvoit sans son consentement adopter un tiers pour lui tenir de petit-fils, & cela par la regle *ne patre invito suus heres adnoscatur*; mais par la regle des contraires le pere pouvoit donner son petit filz en adoption à autrui sans le consentement de son filz, parce que la regle préalléguée cessoit alors.

3°. Un impubere *sui juris*, pouvoit être adopté par adrogation, pourvû que la cause en eût été auparavant connue & approuvée par le Magistrat, & qu'on eût clairement justifié que cette espèce d'adoption étoit honnête & utile pour l'adopté; & de peur qu'il n'arrivât malgré toutes les précautions qu'on avoit prises, que l'adrogation qu'on avoit cru avantageuse au pupille, ne devint funeste à lui ou à ses heritiers, l'adoptant étoit obligé de cautionner; que si l'adopté mouroit en pupillarité, il rendroit ses biens à celui ou ceux qui lui auroient succédé *ab intestat* s'il n'y eût pas eu d'adrogation,

§. *Cum autem hoc tit.*

Il étoit libre d'adopter à tous ceux qui n'en étoient pas empêchés par la nature ou par la Loi, ainsi le moins âgé ne pouvoit adopter le plus âgé ; car l'adoption imite la nature, & ce seroit un monstre si le fils étoit plus âgé que le pere ; il falloit donc que celui qui adoptoit eut 18. ans plus que l'adopté, ce que l'Empereur appelle ici pleine puberté ; car bien qu'avant cet âge on puisse engendrer, on avoit pris ce terme comme le plus ordinaire, & c'est la regle que les Loix s'accoutument aux événemens les plus fréquens, *Leg. 5. ff. de Leg.*

De même l'Eunuque ne pouvoit adopter ni adroger, parce que l'adoption est l'émule de la nature, & ne pouvoit par conséquent avoir lieu en ceux où la nature avoit perdu ses droits, cela ne s'étendoit pas néanmoins aux sujets qui étoient impuissans par quelque vice naturel ; on leur permettoit d'adopter à cause de l'esperance de la guerison, l'Empereur Léon le permit même dans les suites aux Eunuques, *Castratis*, par ses Nouvelles 26. & 27.

Voilà les empêchemens de la nature ;

par ceux de la Loi, il étoit défendu aux femmes d'adopter, à moins que ce ne fût par grace spéciale du Prince, & *in solatium liberorum amissorum*, l'Empereur Léon le leur permit indistinctement dans les suites; celui qui n'avoit pas 60. ans encore, n'avoit pas la liberté d'adopter par adrogation, parce qu'on estimoit qu'il devoit plutôt penser à se donner des Enfans naturels, *L. 15. §. 2. ff. de adoptionib.* où l'on voit néanmoins quelques exceptions.

Les tuteurs ou curateurs ne pouvoient pas non-plus adopter par adrogation les mineurs dont ils administroient les biens, parce qu'on auroit soupçonné qu'en faisant cette démarche ils auroient eu pour objet de ne pas rendre compte de leur gestion.

L'effet de l'adoption spéciale proprement dite, est principalement que l'adopté étoit transféré en la puissance de l'adoptant, pourveu que ce ne fût pas une personne étrangère, & devenoit son fils par la Loi, ce qui ne faut pas entendre que des personnes libres; car l'esclave ne pouvoit être adopté, & si son maître l'avoit fait ou qu'il l'eût nommé son
fils

veritablement , s'il y avoit d'autres enfans , pour ne pas rendre la condition des enfans de la Loi plus avantageuse que celle des enfans naturels ; car en ce cas ce n'étoit que le quart de la portion qu'il eût eüe *ab intestat* , c'est-à-dire la légitime , *§. autem hic ex ibi vinnius* ; il paroît de tout cela que l'adrogation donnoit une plus grande étendue de droit à l'adoptant & à l'adopté , que l'adoption proprement dite spéciale.

Droit François.

On ne peut douter que l'adoption n'aye eüe lieu autrefois parmi nous , puisqu'on en trouve la formule dans l'ouvrage du Moine *Marculfe liv. 1. chap. 13.* elle étoit pourtant différente de celle des Romains , & c'étoit proprement une donation faite par l'adoptant à l'adopté , à la charge de le nourrir & entretenir pendant sa vie , ainsi que M. Bignon l'a observé dans ses notes sur ces formules.

Quoiqu'il en soit , il est du moins constant que l'adoption sous quelque forme que ce soit , n'est plus d'aucun usage dans ce Royaume ; & qu'ainsi le titre du Droit

Canon que nous venons d'expliquer y est entièrement inutile : grand nombre d'Auteurs ont fait cette observation ; il suffit de citer *Benedicti in cap. Raynutius in verbo uxorem nomine ad Ecclesiam n. 196. & 197.* & Bugnon des Loix abrogées liv. 4. chap. 99.

C'est une vérité reconnue de tout le monde ; mais au défaut de l'adoption proprement dite , quelques Auteurs se sont figurés qu'on en trouvoit du moins des traces dans nos donations , institutions & substitutions , à condition de porter le nom & les armes du testateur , dans les affiliations par quelques Coutumes du Royaume , dans l'usage où est l'Hôpital de Lyon de succéder aux enfans que la nécessité oblige à s'y retirer : usage autorisé par les Lettres Patentes du mois de Novembre 1672. tout cela néanmoins a fort peu de rapport avec les adoptions des Romains : ceux qui seront curieux de l'examiner de plus près n'ont qu'à lire *Gauret tom. 1. part. 2. pag. 3. Bacquet du droit d'aubaine part. 3. chap. 23. n°. 8. Lebrun des successions liv. 3. chap. 3. Henrys tom. 1. liv. 6. chap. 5. quest. 35. Barry de successionibus lib. 16. tit. 18. de conditione nomen & argua ferendi.*

QUESTION III.

Comment la puissance paternelle prend-elle fin.

Droit Romain.

IL y a cinq moyens de refoudre les liens de la puissance Paternelle du chef du pere ou du chef du fils, qui sont la mort naturelle, la déportation, la servitude de la peine, la captivité & l'adoption.

Il y en a deux encore du chef du fils seulement qui sont le patriciat & l'éman- cipation; il faut parler de chacun d'eux séparément.

1^o. La puissance Paternelle prend fin par la mort naturelle, tant du pere que du fils, par où j'entends parler d'un pere qui aye son fils en sa puissance; car s'il étoit lui-même sous celle du sien, le fils par sa mort demeureroit comme auparavant dans la puissance de son ayeul paternel, pareillement la mort de cet ayeul ne rend pas toujours le petit-fils *sui juris*; il retombe au contraire sous le pou-

voir de son pere , à moins que le pere ne fût mort avant l'ayeul , ou eût été émancipé par lui , *hic in princip. leg. 5. ff. de his qui sui vel alieni juris sunt, leg. 92. ff. de adopt.*

2°. La puissance paternelle prend fin par la déportation du pere ou du fils , parce que cette peine emporte la perte des droits de la cité, la relegation ne produit pas le même effet , parce que le relegué demeure citoyen Romain.

On entend par déportation une condamnation à résider perpétuellement dans une Isle pour cause de délit , la relegation condamne à la même résidence, mais indéfiniment , *absque tempore* sans préfixion de tems , ou avec préfixion d'un tems certain.

Du reste , le deporté rentre dans tous ses droits, & conséquemment dans celui de la puissance paternelle s'il est rétabli par l'indulgence du Prince , *lege 9. cod. de sentent. passis & restitut.*

3°. La puissance paternelle finit *servitutis pœna* , si le pere ou le fils devient esclave de la peine par la condamnation *ad metallam vel ad bestias* ; c'est-à-dire , à travailler aux mines , ou à se battre contre

les bêtes farouches dans les jeux solempnels qu'on donnoit au peuple Romain ; la raison en est que les condamnations à ces peines perdoient la cité & la liberté, & conséquemment la puissance paternelle, laquelle étoit propre des hommes libres & citoyens Romains.

4°. Cette puissance finit par la captivité du pere ou du fils ; car autrefois celui qui étoit pris par des ennemis devenoit esclave ; & par conséquent il ne pouvoit avoir un citoyen Romain sous sa puissance, ni un citoyen Romain ne pouvoit lui être soumis, c'étoit pourtant une suspension plutôt qu'une extinction de la puissance paternelle, active ou passive ; car si le pere ou le fils revenoient de chez les ennemis, la puissance paternelle active ou passive étoit retablie de plein droit, ou étoit présumée n'avoir jamais cessé *jure post liminii*, qui étoit une fiction de droit, en vertu de laquelle on supposoit que le captif n'avoir jamais été chez les ennemis, *§. si ab hostibus hoc tit.* & de là vient que toutes les acquisitions que le fils avoit fait pendant la captivité du pere lui étoient devolues à son retour, excepté le *pecule castrense & quasi castrense*, *lege 15. ff. de suis & legit. heredibus.*

Que si le captif étoit mort parmi les ennemis, on supposoit par une autre fiction qu'on appelloit de la Loi *Cornelia*, qu'il étoit décedé dès le premier moment de sa captivité, & cela principalement pour pouvoir donner effet au Testament, supposé qu'il en eût fait auparavant.

5°. L'adoption du fils de famille faite par une personne non étrangere. (Ce que nous avons ci-devant expliqué) fait cesser la puissance paternelle; comme aussi l'adrogation d'un pere de famille qui a des enfans *sub potestate*; car le pere & les enfans passent en ce cas au pouvoir du pere adoptif, ainsi que nous l'avons dit sur le titre précédent.

6°. La dignité du Patricat affranchit le fils de famille de la puissance paternelle. Autrefois & du tems de la République, on entendoit par Patriciens les descendans de ces Romains dont Romulus avoit formé son Sénat; mais depuis le nom de Patricien ou de Patrice se prit dans une signification toute différente; car le Siège de l'Empire ayant été transféré à Constantinople, les Empereurs commencerent à choisir d'entre les Sénateurs qui avoient rempli les premières dignités

des Conseillers *quasi Patres* appellés par cette raison, dont ils composèrent leur Conseil étroit ou privé, c'est à la dignité de ces premiers Officiers de l'Empire qu'on accorda l'affranchissement de la puissance paternelle; ce qui fut ensuite étendu par Justinien au Consulat à la préfecture du Préteur de la Ville & à l'Episcopat.

7°. L'émancipation retire l'émancipé des liens paternels; nous avons trois choses à expliquer à ce sujet, ce que c'est que l'émancipation, de combien de sortes on en connoît dans le Droit, & quels sont les effets qu'elle produit.

1°. L'émancipation est la résolution des liens de la puissance paternelle accordée par le pere du consentement du fils; car comme les peres ne peuvent pas être constrains à émanciper leurs fils; on ne peut pas non plus contraindre le fils de famille à recevoir le bénéfice de l'émancipation, parce qu'il invite *beneficium non datur*.

Du reste, on peut émanciper le petit-fils, & retenir le fils en sa puissance & à *contra* sans qu'il soit besoin de dire expressement qu'on retient l'un ou l'autre.

2°. On connoît trois sortes d'émancipation dans le Droit, la légitime, celle d'Anastase & celle de Justinien; ce sont néanmoins trois différentes formules d'émancipation plutôt que trois espèces différentes d'émancipation.

La légitime descend de la Loi des douze Tables, & se faisoit avec beaucoup de fictions & bien de cérémonies, dont le Droit Civil étoit tout plein, le pere vendoit son fils à quelqu'un de ses amis en présence de cinq témoins & d'un sixième dont la fonction étoit de tenir une balance à la main; l'ami donnoit au pere une pièce de cuivre ou d'argent comme le prix de la vente, & ensuite affranchissoit ce fils à lui vendu. Cette frivole procédure se repetoit jusqu'à trois fois, & ce n'étoit qu'à la troisième manumission que le fils de famille devenoit libre & *sui juris*.

L'émancipation introduite par l'Empereur Anastase étoit beaucoup plus simple, il suffisoit que le pere obtint un rescrit du Prince qui lui permit d'émanciper son fils, & qu'il le produisit devant un Juge compétant.

Mais l'Empereur Justinien abrogea en-

core la nécessité d'obtenir une permission du Prince pour émanciper, & voulut que le pere pût par sa déclaration seule, faite pardevant le Juge compétant, mettre ses enfans hors de sa puissance.

3°. Quant aux effets de l'émancipation, on observe que le pere succede *ab intestat* à son fils émancipé, comme le patron succede à son affranchi, le pere lui succede de même quand il auroit testé à son préjudice *per bonorum possessionem contra tabulas*, pourveu que l'émancipé ne laisse pas des enfans; car en ce cas le pere n'a rien à prétendre sur ses biens, §. *præterea hoc tit. & leg. 1. ff. si à parente qui nannumisus sit*, tel est le Droit du ff. & des Instit. mais cela fut changé par la Nouvelle 118. qui par rapport à la maniere de succeder ne laisse aucune différence entre les émancipés, & ceux qui sont encore sous la puissance paternelle.

Si le fils émancipé étoit impubere, le pere devient son tuteur légitime en l'émancipant.

Si le fils de l'émancipé étoit conçu avant l'émancipation de son pere, il naît en la puissance de son ayeul, comme dans le cas contraire il naît sous celle de son

pere. La raison est qu'on considère communément le tems de la conception plutôt que celui de la naissance, à moins que l'intérêt des enfans ni fit obstacle.

Droit François.

Notre Droit François est conforme au Droit Canon dans la plûpart des choses que nous venons d'expliquer, singulièrement en pais du Droit Ecrit la mort brise parmi nous les liens de la puissance paternelle, & c'est avec les mêmes modifications que le Droit Canon, telles que je les ai expliquées au commencement de ce titre, & qu'on trouve à peu-près dans Henrys, tom. 2. liv. 4. quest. 12.

La mort civile du pere ou du fils produit encore le même effet; la profession religieuse, la condamnation aux galeres perpetuelles ou au bannissement perpetuel emporte la mort civile. Les peines dont je viens de parler retombent à peu-près à ce qu'on appelloit déportation & condamnation aux metaux; parmi nous comme parmi les Romains le condamné à mort par défaut ou à autres emportant mort civile, est encore regardé & réputé

mort civilement ; mais son état peut être regardé comme en suspens, du moins pendant les cinq années à compter du jour de l'exécution figurative , ainsi que nous l'avons dit dans le titre des nœces. On trouve dans Mr. de Catellan , liv. 4. chap. 8. un Arrêt qui favorise cette opinion , en ce qu'il jugea qu'on ne devoit donner qu'un curateur aux enfans pupilles d'un condamné à mort par défaut ; & cependant si l'on eut cru que la puissance parernelle eut été irrévocablement éteinte, il est évident que c'est d'un tuteur qu'il auroit fallu pourvoir ces enfans.

Nous distinguons parmi nous la relegation du bannissement même à tems , comme les Romains la distinguoient de la déportation , & en conséquence la relegation , non-seulement n'emporte pas la mort civile , mais ne produit même aucune fletrissure, ce que fait le bannissement à tems.

Du reste , il paroît que selon le Droit la relegation étoit une peine que le Juge pouvoit ordonner , au lieu que parmi nous c'est un attribut de la Souveraineté ; c'est un ordre émané du Prince pour raisons à lui connues de se retirer en tel lieu,

avec défenses d'en sortir jusques à ce qu'il en soit autrement ordonné ; mais nos Juges semblent s'être dédommagés de cette privation en ordonnant que le condamné sera tenu de s'éloigner de tel lieu pendant tel tems , ce qui approche de la relegation.

La captivité du pere ou du fils ne porte dans ce Royaume aucune atteinte à la puissance paternelle , parce que l'esclavage y est inconnu , & qu'entre les Chrétiens ceux qui sont faits prisonniers de guerre ne deviennent pas esclaves , ainsi que nous l'avons expliqué ci-devant en traitant du droit des personnes sous le titre 3.

Mais si l'on étoit fait prisonnier par les Turcs , ou autres infidèles chez qui l'esclavage est reçu , la puissance paternelle en souffriroit - elle ? On dit que non quant au Droit , mais dans le fait elle seroit sans exercice par le défaut de la liberté ; ainsi qu'il arrive à ceux que des voleurs retiennent par force , & qui par rapport aux effets civils sont regardés comme simplement absens , rien n'empêcheroit d'ailleurs qu'on ne décidât la question dont s'agit suivant les principes du

Droit Romain , & la chose reviendroit au même , on pourroit donc supposer que dans cette espèce la puissance paternelle est suspenduë , & que dans le cas du retour ou du décès du Captif chez les Infidèles , on doit user de la fiction du *post liminium* & de la Loi *Cornelia* , dont nous avons déjà parlé.

Je ne parle pas de l'adoption , parce qu'elle n'est pas en usage parmi nous.

La dignité du Patriciat affranchissoit le fils de famille de la puissance paternelle , & l'on a vû que cette prérogative avoit été communiquée par les Empereurs à d'autres Charges , cela est-il observé parmi nous , eu égard aux Charges qui répondent à peu-près à celle des Romains , rien ne devroit être plus clairement décidé , tant les occasions ont dû , ce semble , en être fréquentes , & cependant rien ne l'est moins.

Les derniers termes de la Jurisprudence Romaine sont que toutes les charges qui exemptent du Décurionat affranchissent de la puissance paternelle , c'est ce qu'on voit dans la Nouvelle 81. d'où l'on a extrait l'Autentiq. *sed Episcopali Cod. de Episcop. & Clericis*. Là-dessus les Interprètes du

Droit se sont appliqués à faire l'énumération des charges, qui devoient produire cet effet, la Glose sur le §. *Filius famil.* de ce Tit. a prétendu qu'il y en avoit jusques à douze, cela regarde les charges de l'Empire.

Les Docteurs, qui ont traité du Droit par rapport à l'usage, ont conclu par des argumens de comparaison que les charges d'Avocat & de Procureurs Généraux devoient avoir le même privilege, ainsi parle Rebuffe sur le Concordat, Tit. *de electionis derogatione in verbo regium Advocatorum*, ainsi parle de Barry, *de Successionibus*, liv. 1. tit 2. n^o. 2. *in fine* & autres; mais pourquoi ce privilege seroit-il renfermé dans le Parquet, & d'où vient que tant d'autres charges plus éminentes n'en jouissent pas, comme celle du Premier Président, Président à Mortier?

Bretonnier sur Henrys, tom. 2. liv. 4. quest. 13. frappé de cette incongruité a prétendu que les Ministres, les Secrétaires d'Etat, les Conseillers d'Etat, les Présidens des Cours Souveraines & les Maîtres des Requêtes devoient être affranchis de la puissance paternelle, tout comme les Avocats & Procureurs Géné-

raux , & le raisonnement seroit juste à passer l'exemption de ceux-ci. Mais sur quoi cette exemption est-elle fondé ? Sur quelque témoignage d'Auteurs sans Ordonnance , sans déclaration , sans Arrêt , cet Arrêt seroit bien fragile , & l'on ne scauroit y faire aucun fonds.

L'on ne comprend pas dans ce qui vient d'être dit la Dignité Episcopale , car comme elle n'a pas varié à l'exemple des charges , & qu'elle est aujourd'hui la même qu'elle étoit parmi les Romains , il passe parmi nous qu'elle a le même privilege que lui donnoit leurs Loix , & qu'en conséquence un fils de famille , Evêque , est affranchi de la puissance paternelle , du moins autant que son utilité l'exige ; c'est ainsi que s'en explique Mr. Duranty , quest. 12.

L'émancipation fait cesser la puissance paternelle , & dans le país de Droit Ecrit elle se fait d'une maniere simple & telle que Justinien l'avoit réglée , il n'est pas même besoin de s'adresser pour cela au Juge competent ; c'est-a-dire , au Juge du domicile , comme cet Empereur l'exige , ni à aucun Juge ni Magistrat , l'émancipation peut être faite devant des Notaires ,
qui

qui en retiennent Acte , tout comme devant les Juges qui en dressent un Verbal , lorsqu'on s'adresse à eux ; Mr. de Catellan, liv. 4. ch. 52. c'est à présent une Jurisprudence constante , du moins en ce Parlement , & confirmée par une longue suite d'Arrêts ; il est certain qu'autrefois on le jugeoit autrement , & que l'émancipation ne pouvoit être faite que devant les Juges à peine de nullité , ainsi qu'on l'apprend dans les Arrêts de Cambolas , liv. 2. chap. 11. Bretonnier au lieu préallégué n'approuve pas notre changement d'usage.

C'est une grande question parmi les Docteurs & dans le Palais , si l'émancipation peut être faite *ad hoc* ; c'est-à-dire , pour la validité de certains Actes particuliers , sans que cela tire à conséquence pour le surplus au préjudice de la puissance paternelle ; on allegue quelque Arrêt de l'année 1682. qui le jugea , dit-on , ainsi entre Mr. de Roquelaure & Mr. de Fimarcon. Mais on prétend que le contraire a depuis été jugé ou , du moins , préjugé par un autre Arrêt entre Mr. Auriol , Conseiller en la Cour , que son pere avoit émancipé , à l'effet seulement d'accepter la Donation d'un de ses oncles , &

les Créanciers de son pere qui soutenoient l'émancipation nulle, dans l'objet de faire entrer dans les effets de leur Débiteur le revenu des biens donnés que le fils avoit percû, on agitoit dans ce Procès la question de sçavoir, si l'émancipation étoit nulle, dès qu'elle étoit particuliere, ou si au contraire il falloit rejeter cette limitation pour rendre l'émancipation generale; il est certain que cette question ne fut pas notamment jugée, & qu'on peut tout au plus tirer quelque induction contre la validité de l'émancipation de l'Arrêt de provision alimentaire, qui fut rendu, dit-on, en faveur du sieur Auriol pere.

D'autre côté, il est certain que les Auteurs ne conviennent pas sur cette question, Imbert en son Enchiridion, ch. 62. soutient après Barthole que le pere peut émanciper valablement son fils *ad hoc*, Papon en ses Arrêts, liv. 7. tit. 1. art. 22. est de même avis, Bretonnier au lieu pré-allegué l'est aussi.

Mais Benedicti est d'avis contraire *in Cap. Reyn. in verbo matrem insuper n. 27.* Mornac l'est pareillement sur la Loi *quæsitum ff. de adopt.* ainsi qu'Automne sur la Coutume de Bordeaux, art. 2. après Balde

& Ferron , & dans ce conflit d'opinions il semble qu'il n'est rien de mieux que de s'en tenir à la Loi qui est précise , *actus legitimi* , dit la Loi 77. ff. de reg. Juris *quæ recipiunt diem , vel conditionem , veluti emancipationem in totum vitiantur per temporis vel conditionis adjectionem* ; c'est donc l'émancipation qui devient nulle par la condition ou la limitation , & il seroit étrange en effet qu'une même personne fut en même-tems libre & dépendante , exempte de la puissance paternelle & assujettie à la même puissance , bien qu'elle doive se semble être indivisible.

Peut-on émanciper un fils absent ? c'est une question qui s'est quelquefois offerte , il y a lieu de résoudre que cela ne se pouvoit pas par les Loix du Dig. on le tire par argument de la Loi 24. & de la Loi 25. §. 1. ff. de emancipat. & adopt. mais il est certain que cela se peut par les Loix du Code , la Loi 5. Cod. de emancip. Liber. y est expresse , il est vrai qu'elle exige que le pere obtienne pour cela un Rescrit du Prince , & le fasse enregistrer au Greffe du Juge comperant , d'où l'on peut conclure que l'émancipation doit être faite par le pere personnellement , & qu'il ne pour-

roit pas constituer Procureur , à l'effet d'émanciper l'absent dans les lieux où il réside , Lapeyrere lettre E. n°. 6. verbo Emancipation , & Dupin dans la nouvelle édition d'Automne sur la Coutume de Bordeaux art. 2. rapportent un Arrêt du Parlement de Bordeaux , qui jugea nulle & ivalable l'émancipation ainsi faite.

L'usage ordinaire dans ces occasions est que le pere émancipe l'absent devant un Juge , ou devant un Notaire sans recourir à l'autorité du Roi , & que de plus il constitue un Procureur sur les lieux , pour déclarer & réitérer , en tant que de besoin , l'émancipation selon les formes qui y sont reçûës.

Mais il faut remarquer que , tant dans cette espee que dans toutes les autres , il faut que les enfans prêtent leur consentement à l'émancipation , à moins qu'ils soient en bas âge , *nisi infantés sint. Dictâ Leg. 5. de emancip. lib. 5. Nov. 89. cap. 11.* Car comme les peres ne peuvent pas régulièrement être contraints à départir le bénéfice de l'émancipation, les enfans ne peuvent pas non plus être forcés à le recevoir , c'est la règle générale qu'on vient d'expliquer ; car , du reste , il est bien des cas où

le pere peut être contraint d'émanciper les enfans , & de-là vient que dans le §. 10. *Instit. & Tit.* il est dit *neque naturales liberi neque adoptivi nullo pene modo possunt cogere potentes de potestate suâ eos dimittere* , la particule *pene* est limitative , l'un des cas , dont il s'agit , est rapporté dans la Loi dernière *ff. Si à parente quis manum : sit , divus Trojanus* , (y est-il dit ,) *quem pater male contra pietatem afficiebat cogit emancipare* ; les traitemens durs & inhumains d'un pere le font contraindre *officio Judicis* à émanciper les enfans , le Chapitre unique *extra de infantibus & languidis expositis* , décide la même chose dans la Loi 29. *de conditionibus & demonstrationibus*.

On trouve un second cas où le pere est contraint d'émanciper les enfans , c'est lorsqu'il a accepté un legs , une hérédité , ou une portion d'hérédité à lui laissés sous la condition expresse d'émanciper les enfans , la Loi 12. *Cod. de Episcop. Audientiâ* & la Loi 6. *Cod. de spectaculis* fournissent un troisième cas , c'est lorsque les peres veulent contraindre leurs filles à se prostituer.

On trouve un quatrième cas dans la

Nov. 12. ch. 2. c'est lorsque les peres ont contracté des secondes nœces incestueuses, mais on doute que par nos mœurs cela donnât lieu à une émancipation forcée.

Basset, Auteur du Parlement de Grenoble, donne l'exemple d'une émancipation qui paroît très-raisonnable, c'est au tome 2. liv. 4. tit. 12. chap. 5. si le pere a promis, dit-il, l'émancipation dans le Contrat du mariage de son fils, & qu'il en fasse ensuite refus, il peut être contraint de l'accorder par l'autorité de la Justice, il rapporte à ce sujet un Arrêt de son Parlement qui ordonne dans cette espee que le pere dans trois jours après le Commandement, qui lui en seroit fait, émanciperoit son fils, à faute de quoi il étoit dûëment déclaré émancipé par la Cour.

Nous avons parlé jusqu'à present de l'émancipation expresse, il nous reste à parler de la tacite, dont les effets sont les mêmes, & qui procede de la longue habitation séparée du fils ou de la fille de famille, lorsqu'ils ont procedé *tanquam sui juris* par le consentement, ou du moins par la tolerance du pere, cette espee d'émancipation descend du Droit Civil, mais le Droit François l'a perfectionnée,

si filium tuum, dit la Loi Cod. de patriâ potest. in potestate tuâ dicitur præses Provinciæ existimabit, an audire te debeat, cum diù passus sit ut Patris Familia res ejus agi per eos, qui testamento matris tutores nominati sunt.

Le mot, *diù*, est extrêmement vague, la Glose sur la Loi citée a crû qu'il falloit l'entendre de dix ans, & que par l'accomplissement de ce terme, le fils de famille vivant séparé de son pere, & *tanquam sui juris*, prescrivait contre son premier état, & en acqueroit un nouveau; sçavoir, celui de l'homme libre.

Les Arrêts des Parlemens de Droit Ecrit se sont conformés à l'opinion de la Glose, & l'on en trouve les preuves pour celui de Toulouse dans Mr. de Cambolas, liv. 1. chap. 27. dans M. Dolive, liv. 3. chap. 3. dans Graverol sur Laroche, liv. 6. *in verbo* Emancipation, chap. 44. dans Albert *verbo* Testament, art. 30. & dans Mr. de Catellan, liv. 4. ch. 51. mais pour que la séparation à *patre* pendant dix ans produise cet effet, il faut qu'elle n'aye pas été nécessaire; car la nécessité exclud la présomption de volonté tacite du pere, ainsi une fille mariée n'est pas émancipée,

bien qu'elle aye demeuré dix ans hors de la maison de son pere, & dans celle de son mari suivant les Arrêts rapportés par Mr. de Cambolas & Dolive aux lieux cités ; mais si devenue veuve, elle demeure ainsi séparée pendant le tems requis, elle acquiert l'émancipation tacite ; Mr. de Catellan, liv. 4. chap. 52. en rapporte un Arrêt exprès par la même raison ; un Curé attaché au service de sa Cure & à la maison du Seigneur, pour laquelle il doit quitter celle de son pere, n'est pas émancipé par cette séparation pendant l'espace de dix ans. Mr. de Catellan, au lieu qui vient d'être cité, rapporte un Arrêt exprès qui la décide ainsi, & le même Arrêt se retrouve dans Graverol *ubi supra*.

Pareillement, si la pauvreté oblige une fille de sortir de la maison de son pere pour aller ailleurs gagner sa vie en qualité de servante, cette fille n'est pas émancipée par le laps de dix ans, parce que c'est une séparation forcée, où la nécessité la contraint, & à laquelle le pere a consenti malgré lui, Mr. de Catella en rapporte un Arrêt au même lieu, & l'on comprend aisément que sa décision a lieu pour le fils de famille valet.

En général, il y a lieu de dire que toutes les fois qu'il y a des raisons de nécessité ou de devoir, qui donnent lieu à l'habitation séparée du pere ou du fils, il n'y a pas aussi d'émancipation tacite, ainsi un Avocat, qui vit séparément de son pere pour fréquenter le Barreau, un Chanoine pour servir son Bénéfice, un Homme de Guerre pour être à la Guerre ou à son Regiment, un Employé dans les Finances pour être à ses fonctions, ne peuvent pas acquérir l'émancipation tacite, parce qu'on ne peut dire que leur séparation à *Patre* soit pleinement volontaire.

Il importe au surplus de remarquer que suivant Mr. de Catellan, & l'Arrêt qu'il rapporte au chapitre préallégué, l'émancipation tacite, qu'opere la séparation des enfans pendant dix ans, a un effet rétroactif & rend bonnes & valables les obligations consenties par un enfant, non-seulement envers des étrangers, mais même envers leur pere pendant ces dix ans.

L'on peut extraire de là par conséquent une décision extrêmement notable, sçavoir que les enfans nés & conçus au fils pendant ces dix années de la séparation volontaire, sont dans la puissance de

leur pere & non dans celle de leur ayeul ; car puisque par l'effet retroactif qu'on donne à l'émancipation tacite , un fils est présumé avoir été *sui juris* , dans le premier moment de la séparation volontaire , il faut nécessairement que les enfans conçus & nés depuis ce moment soient tombés sous sa puissance , & non sous celle de l'ayeul qui n'y retient plus leur pere.

Ce que nous avons dit de la fille mariée , qui malgré cette séparation demeure sous la puissance de son pere , prouve bien clairement au Parlement de Toulouse que le mariage n'émancipe point ; & c'est même à peu près la Jurisprudence des autres Parlemens de Droit Ecrit , ainsi que nous l'avons expliqué ci-devant plus en détail sous le tit. 9. de *patria potest* , cependant cette regle souffre d'exception dans la ville de Toulouse à cause de la Coutume locale qui y est reçue.

Selon cette Coutume au titre $\frac{3}{7}$. de l'émancipation , la fille est émancipée par une tacite émancipation , si le pere la marie & lui constitue une dot , & le fils est aussi tacitement émancipé , si le pere en le mariant lui a fait une donation à cause

des nœces, *habentur pro emancipatis & testari possunt*; Duranty en la quest. 21. Maynard liv. 5. chap. 2. Cambolas liv. 1. chap. 27. Benedictus in cap. de Raynutius *in verbo matrim. n. 24. & 25.* font mention de cette Coutume comme d'une Coutume observée; il est vrai qu'ils l'entendent, pourveu que le fils aîné habite quelques jours *scorsim à patre*, ou bien qu'habitant avec son pere il ait agi en pere de famille, étant chargé du soin & de la conduite de la maison & fournissant la dépense à son pere; c'est l'interprétation de Me. François sur ce titre de la Coutume chap. 2. de ses notes, c'est aussi l'explication du Président Duranty, *si filius*, dit-il, *vivat scorsim à patre vel in Domo patris tanquam pater familias segerat.*

Mr. de Catellan de qui j'ai extrait ce passage liv. 51. chap. 51. assure que la Coutume est actuellement observée à l'égard du fils marié, & sous les conditions & limitations dont on a parlé; il en rapporte divers Arrêts, mais il affirme en même-tems sans arrêt, néanmoins qu'elle n'a pas lieu à l'égard des filles mariées, ce qui est bizarre; car on devoit se porter plus facilement à décider que le maria-

ge émancipe les filles plutôt que les mâles, à cause que par le changement d'état les filles tombent sous une autre puissance qui est celle des maris.

Les enfans émancipés par émancipation expresse ou tacite, deviennent parfaitement libres & *sui juris*, sauf lorsqu'il s'agit du mariage, ainsi que nous l'avons ci-devant expliqué titre des noces; ils peuvent tester, négocier, vendre ou acheter, emprunter, prêter sans avoir besoin du consentement ni de l'autorisation de leur pere; mais ont-ils entiere puissance de leurs biens, c'est un point important à résoudre; il faut distinguer pour cela entre les biens qui étoient acquis aux enfans avant leur émancipation, & ceux qu'ils ont recueilli depuis, il y a lieu même de distinguer entre l'émancipation expresse & tacite.

Par une Loi de l'Empereur Constantin, qui est la premiere au Code Théodosien *de bonis maternis*, le pere en recompense de la grace de l'émancipation expresse avoit en propriété le tiers des biens de ses enfans; mais Justinien au lieu d'un tiers en propriété accorda au pere l'usufruit de la moitié de tous les biens qui apparte-

noient à ses enfans lors de l'émancipation, ce fut par la Loi *cum oportet* 6. §. 5. *cod. de bonis quæ liberis*, & par le §. 2. des *Instit. per quos personas cuique acquir.* où il explique les progrès du Droit sur cette matiere.

Il n'est pas nécessaire que dans l'acte d'émancipation le pere fasse aucune mention de cet usufruit, la Loi la fait pour lui *hoc autem etsi parentes in emancipatione sibi hoc minimè reservarint*, ce que Justinien repete encore dans la Loi dernière *cod. de emancipat. etsi hoc sibi specialiter non reseruaverint*, ce droit leur demeure conservé à moins qu'ils n'y aient renoncé expressement suivant cette même Loi §. 3. *vers. hoc autem*, Duperier dans ses questions notables liv. 3. quest. 12. sur la fin, M. de Catellan liv. 4. chap. 53.

Mais ce dernier Auteur en assurant qu'au Parlement de Toulouse, le pere retient l'usufruit de la moitié des biens du fils émancipé, quoiqu'il ne l'aye pas réservé dans l'émancipation; assure aussi que si le pere a passé depuis des actes avec son fils émancipé sans parler de cet usufruit, & qu'il aye laissé jouir ensuite son fils des entiers biens, il n'est plus recevable à re-

clamer cette moitié d'usufruit, & que c'est ainsi que cette question fut jugée par Arrêt, *Bretonnier sur Henris tom. 2. liv. 4. quest. 13.* parle d'une cause entre des personnes de haut rang, où la question fut décidée de la même maniere.

Ce même Auteur observe au même lieu, que les peres domiciliés dans le pays de Droit Ecrit, si leurs enfans ont des biens dans les pays de Coutume jouissent des fruits de ces biens, parce que c'est un effet de la puissance paternelle qui est un droit personnel, & qui par conséquent porte son efficacité par tout sans être borné par aucun territoire, comme le sont les Droits & Statuts réels.

Voilà pour ce qui est des biens qui étoient acquis aux enfans lors de leur émancipation; mais que faut-il répondre à l'égard des biens qui leur sont échûs du depuis.

M. Cujas dans ses notes sur le §. 2. *per quas personas cuique acquirit. aux Instit.* propose la question sans décider nettement; mais il la décide à pertè, en faveur du pere dans son Commentaire sur le titre du Code de *bonis maternis* vers la fin; c'est-à-dire que selon lui le pere a la

moitié de l'usufruit des biens acquis au fils émancipé par des successions postérieures à l'émancipation, tout comme des biens qui existoient lors de l'émancipation; c'est aussi le sentiment de Godefroi dans ses notes sur la Loi 3. *cod. de bonis mater.* & c'est en effet la décision de la Loi elle-même, eu égard du moins aux successions maternelles. Accurse sur cette même Loi la restraint à cette sorte de succession, & prétend qu'elle n'a pas lieu pour les autres, & son sentiment est suivi par plusieurs Docteurs qui sont cités par Duperier au lieu préallégué, où la question est doctement traitée.

M. de Catellan liv. 4. chap. 53. sur la fin, dit que la Loi 3. *cod. de bonis mat.* qui attribue au pere une portion virile dans l'usufruit des biens qui étoient à ses enfans par le décès de leur mere depuis leur émancipation, n'est pas observé au Parlement de Toulouse, il en donne deux raisons. La premiere, parce qu'on ne peut acquérir par une personne libre. La seconde, parce que cette Loi a été abrogée par la Loi *cum oportet cod. de bonis quæ liberem*; & par la Loi derniere *cod. de emancipationibus*, ces raisons n'ont

pas paru bonnes à Bretonnier au lieu préallegué où il les censure ; mais quoiqu'il en puisse être, l'usage attesté par M. de Catellan est certain, & Bretonnier qui ne l'approuve pas ne justifie pas qu'on juge le contraire dans les autres Tribunaux.

Au reste, cet usufruit que le pere conserve pour la moitié en émancipant son fils, *in præmium manumissionis*, ne peut tomber que sur le pécule adventif ; car le profectif appartient au pere *in solidum*, même en propriété ; & pour le *castrense* & *quasi castrense*, le fils de famille qui en a la propriété & l'usufruit même, tandis qu'il est sous la puissance paternelle, n'y souffre sans doute aucune diminution de ce droit par l'émancipation.

Tout ce qui vient d'être dit a lieu dans le cas de l'émancipation expresse ; mais *quid juris* dans le cas de l'émancipation tacite, le pere a-t'il la moitié de l'usufruit des biens qui appartennoient au fils de famille lors du commencement de leur séparation, ou lors de l'accomplissement du terme de dix ans, ou même de ceux qui lui sont échûs depuis ?

Je n'ai vû jusques ici cette question
 .
 expressement

expressement décidée en aucun lieu ; mais je suis persuadé qu'il faut la résoudre pour le négative , & répondre que dans le cas de cette émancipation le pere ne conserve aucune sorte d'usufruit.

1°. Il l'avoit relâché à son fils lors de la séparation ; car autrement bien que séparé il n'eût pas procédé *tanquam sui juris & pater familias* : or dans le cas de l'émancipation expresse, le relâchement volontaire de l'entier usufruit exclut le pere d'en prétendre dans les suites aucune portion , suivant l'Arrêt de Mr. de Catellan ci-devant cité. Il y a donc même raison pour décider ainsi dans le cas de l'émancipation tacite.

2°. Suivant la Nouvelle 81. de Justinien au chapitre premier , l'émancipation produite par les dignités ne laisse aucun usufruit au pere. Or c'étoit un genre d'émancipation tacite , Bretonnier *ubi supra*.

3°. Dans les cas où le pere est contraint de émanciper ses enfans dont j'ai fait le dénombrement ci-dessus , le pere ne conserve aucun usufruit suivant la Loi dernière , *ff. si à parente quis manum sit*. Or dans la plûpart de ces cas le pere n'est pas forcé à cette émancipation , que parce

qu'il est présumé les avoir déjà livré à eux-même, ce qui tombe dans l'émancipation tacite, Bretonnier *ibidem*.

Droit Coutumier.

Ce Droit nous fournit ici peu de choses, à cause que dans la plûpart des païs coutumiers la puissance paternelle n'a pas lieu, ainsi que nous l'avons expliqué sous le titre 9. que dans les Coutumes où cette puissance est reçüe, elle finit de plein droit à certain âge, ou par l'habitation séparée des enfans pour si courte qu'elle soit; & qu'enfin dans toutes indistinctement le Mariage tant des fils que des filles emporte avec soi l'émancipation. Louet, lettre M, chap. 18. & 20. Leprêtre, cent. 3. chap. 38. Montalon, Arrêt 89. Chopin *de moribus Parisiorum*, liv. 2. titre 7. n. 7. article $\frac{230}{39}$. de la Coutume de Paris, & *ibid.* Ferriere.

Le Parlement de Paris juge que le Mariage a cet effet, même dans la partie de son Ressort, qui est regie par le Droit Ecrit. Bretonnier sur Henrys, tom. 2. liv. 4. quest. 13. Ferriere en ses *Institutes Cout.* tom. 1. liv. 1. tit. 5. article der-

nier, & ce dernier affirme de plus que la puissance paternelle finit dans ses autres attributs, tels que la capacité ou l'incapacité de tester des fils de famille, l'exception du Macedonien n'y est pas plus respectée que dans la partie Coutumiere du même Ressort.

Dans cette diversité de Coutumes, il suffira d'observer que dans celle de Paris, & quelques autres, les peres n'ont gueres plus de pouvoir sur leurs enfans que les tuteurs sur les pupilles; ils ont le soin de leur éducation & de l'administration de leurs biens jusqu'à ce qu'ils soient majeurs ou émancipés d'âge par Lettres du Prince, mais ils n'ont pas l'usufruit de leurs biens; car la garde noble ou bourgeoise dont nous avons parlé ci-devant sous le titre 9. est commune au pere & à la me, & ne donne que l'usufruit de certains biens jusqu'à un certain âge, & à des conditions que nous avons ci-devant expliquées, & qui sont inconnues dans l'usage de la vraie puissance paternelle: on parle cependant d'émancipation dans plusieurs Coutumes. Expliquons brievement ce que c'est, il y en a de trois sortes, celle des gens de main-morte, celle des

236 *Traité de la puissance*
mineurs , & celle des enfans de famille.

Les Seigneurs qui ont sous eux des gens de main-morte ou des gens de suite, peuvent les affranchir & leur donner la même liberté & les mêmes prérogatives d'où jouissent les autres Français , cela se peut par un acte d'affranchissement ou d'émancipation en Jugement ou pardevant un Notaire. Nous en avons parlé ci-devant sous le titre 3. en expliquant la condition des gens de main-morte.

Celle des mineurs a lieu pour ceux qui ne sont pas fils de famille , & qui d'ailleurs veulent sortir de tutelle , laquelle dans les pais coutumier tient jusqu'à vingt-cinq ans , ce qui a donné lieu à cette maxime tutelle & curatelle ne font qu'un.

Il arrive quelque fois qu'il est avantageux aux mineurs d'avoir eux-même la conduite de leurs affaires ; l'expédient qu'on a trouvé pour cela est de les faire émanciper ; voici la forme de cette émancipation.

Les parens paternels ou maternels du mineur s'assemblent , ils déclarent que le mineur est capable d'administrer son bien , & qu'il est nécessaire de le faire émanci-

per. Les parens qui ne peuvent pas se trouver à l'assemblée envoient une procuration dans laquelle leur avis est inseré. En conséquence de l'avis des parens, on prend des Lettres d'émancipation, autrement appellées de bénéfice d'âge à la Chancellerie qui doivent être intèrinées par le Juge Royal du lieu du domicile du mineur. Les Lettres d'émancipation précèdent quelque fois l'avis des parens.

Regulierement ces Lettres ne doivent être accordées qu'après la pleine puberté; c'est à-dire, à dix-huit ans accomplis pour les filles, & à vingt ans pour les mâles. Il y a néanmoins des occasions où les parens jugent à propos de les demander plutôt. Dès le moment qu'ils ont donné leurs avis on ne les refuse plus aux Sceaux, & on les expédie avec grande facilité, parce qu'elles doivent être intèrinées avec grande connoissance de cause.

L'usage de ses Lettres est de donner au mineur la libre disposition de ses meubles & des revenus de ses immeubles. Il faut pourtant créer un curateur au mineur émancipé pour paroître en Justice dans les procès qui regardent les immobiliers; ce curateur s'appelle curateur aux causes.

238 *Traité de la puissance Paternelle.*

Enfin l'émancipation des fils de famille a lieu. 1°. Par le Mariage, soit qu'ils soient majeurs ou mineurs.

2°. Par l'âge qui est communément de vingt-cinq ans, singulièrement dans la Coutume de Paris sans aucune distinction de sexe ; & dès que cet âge est accompli les fils ou les filles de famille peuvent légitimement disposer de leurs biens par acte entre-vif ou de dernière volonté, suivant les articles 272. & 293. de cette Coutume.

3°. Par l'émancipation ordinaire du père devant le Juge ou devant Notaire, ou en vertu des Lettres du Prince entérinées par le Juge, ce qui revient à la forme d'émanciper introduite par l'Empereur Anastase. Il y a des Coutumes qui le veulent ainsi. *Vide sur tout cela Ferriere en ses Instit. Coutum. tom. 1. liv. 1. ch. 5. § 9. § Argout dans les siennes, tom. 1. liv. 1. chap. 4. § 5.*



T R A I T É
D E S
U S U C A P I O N S
E T
D E S P R E S C R I P T I O N S .

IL a été parlé des divisions des choses & des moyens de les acquérir par le Droit des gens ; on va traiter à présent des moyens de les acquérir par le Droit commun , mais à des Titres particuliers ; c'est-à-dire , en vertu desquels on n'acquiert pas l'université des biens. Ensuite nous parlerons des personnes qui alienent , & de celles qui acquièrent. Les moyens d'acquérir à Titre particulier , dont Justinien traite dans ce Livre , sont l'Usucapion , la Donation , le Legs , le Fidéi-

commis particulier & les Codicilles ; ce Titre & les suivans sont destinés à la matière des Usucapions & des Donations ; & comme le Legs , le Fidécimmis particulier & les Codicilles appartiennent à la matière Testamentaire , il n'en sera parlé qu'après avoir traité des Testamens même.

Ce Titre s'explique par deux Questions. La première , qu'est-ce que l'Usucapion , & pourquoi a-t-elle été introduite ? La seconde , quelles sont les conditions requises pour donner lieu à l'Usucapion ?

QUESTION I.

Qu'est-ce que l'Usucapion , & pourquoi a-t-elle été introduite.

L'USUCAPION est l'acquisition de la propriété d'une chose , qui se fait par le moyen de la possession continuée sans interruption pendant le tems requis par la Loi ; cette définition convient également à la Prescription , parce que c'est aujourd'hui la même chose.

Le Droit Civil avoit établi que celui , qui auroit été acheté ou acquis de bonne

foi à Titre de Donation ou autre Titre, une chose de celui qui n'en étoit pas propriétaire, & qu'il croyoit cependant tel, en acqueroit la propriété par la possession d'un an, si elle étoit mobilière en quelque lieu qu'elle fût, ou par la possession de deux ans, si elle étoit immobilière & situé en Italie. Disposition ainsi établie pour assurer avec la propriété des biens le repos des Familles, & parce que les Anciens croyoient que ce tems étoit suffisant aux propriétaires pour faire la recherche de leurs biens.

L'Empereur Justinien jugea que c'étoit dépoüiller trop tôt les propriétaires de leurs biens, & crut d'ailleurs qu'il étoit convenable d'établir des regles générales là-dessus, ce fut le sujet de la constitution dont il est parlé dans notre Texte, par laquelle cet Empereur ordonna que les choses mobilières seroient prescrites par la possession de trois ans, & les choses immobilières par une longue possession; c'est-à-dire, de dix ans entre presens & de vingt ans entre absens, ôtant à cet égard toute différence entre les biens situés en Italie, ou les autres Provinces dépendantes de l'Empire.

La Constitution dont il est fait ici mention, est la Loi unique au Code de *Usucapionibus transformat*.

Avant cette Loi la matiere des Usucapions & des Prescriptions étoit fort broüillée, l'Usucapion introduite par les Loix de douze Tables étoit restreinte à des certaines regles, à certaines choses & à certains lieux, qui empêchoient souvent qu'elle ne pût avoir lieu, & la Prescription *longi temporis* fut introduite par le Préteur pour lui servir comme de supplément.

Il faloit pour distinguer le tems de l'Usucapion & de la Prescription distinguer les deux différens Domaines, qu'on appelloit *Dominium*, *Bonitarium* & *Dominium Quiritarium*, distinguer encore les choses qu'on appelloit *mancipi* & *nec mancipi*, elles sont directes dans les fragmens d'Ulpien, tit. 19. & dans Cujas sur le tit. du Code de *Usucapione transformendâ*. Toutes ces différences que l'Empereur Justinien appelle *Antiquæ subtilitatis Ludibrium*, ont été abrogées par la Loi unique *Cod. de nudo Jure Quiritum tollendo*, & par la Loi unique de *Usucapione transformendâ*, & de *sublatâ disse-*

ventiâ de rerum Mancipi & nec Mancipi, par laquelle cet Empereur a transformé l'Usucapion en la Prescription, de sorte que la Prescription a été depuis ce tems-là le seul moyen d'acquérir par l'usage & par la possession, nous ne faisons point ici le détail de ces anciennes subtilités prescrites pour éviter l'écuëil, dont parle Justinien dans la Loi unique *Cod. de nudo Jure Quiritum tollendo*; sçavoir que *animi Juvenum, qui ad primam audientiam Legum, veniunt perteriti ex primis eorum cunabulis, inutiles Legis antiquæ dispositiones accipiunt.*

QUESTION II.

Quelles sont les conditions requises pour que l'Usucapion ou la Prescription ait lieu.

IL y en a quatre; sçavoir, que la chose soit prescriptible, qu'il y ait bonne foi de la part du possesseur, que le Titre de la possession soit légitime, & que la possession ne soit pas interrompue.

Il faut observer eu égard à la première

qu'il y a bien de choses qui ne sont pas sujettes à la Prescription.

En premier lieu, les hommes libres, parce qu'ils sont hors du Commerce, de même que les choses sacrées & religieuses.

En second lieu, l'Esclave fugitif, par cette raison que choses volées sont imprescriptibles. Or l'Esclave fugitif fait, pour ainsi dire, un vol de lui-même, cependant le Possesseur de cet Esclave se défendrait de le restituer par une possession paisible de trente ans, *Leg. ult. Cod. de Præscriptionibus, tringinta vel quadraginta annorum.*

En troisième lieu, les choses volées & possédées par violence, à moins qu'étant depuis retombées en la puissance du propriétaire le vice de la chose n'ait été purgé. *§. aliquando hi.* La Loi de douze Tables & la Loi *Attilia* défendent la Prescription des choses volées, la Loi *Julia & Plautia* celle des choses dont on s'est emparé par violence.

Ce qui vient d'être dit que les Loix s'opposent à la Prescription des choses volées, ou dont on s'est emparé par violence, ne s'étend pas simplement à l'égard du Voleur ou de celui qui s'est mis en pos-

cession d'une chose par force ; car une autre raison les empêcheroit de prescrire qui est leur mauvaise foi , mais il signifie que tout autre qui les auroit acquises d'eux de bonne foi à titre d'achat ou autre, ne les peut pas prescrire , de-là vient que les choses mobilières se prescrivent rarement par les possesseurs de bonne foi , parce que celui qui vend ou qui livre à quelqu'autre titre translatif de propriété une chose , qu'il sçait appartenir à autrui , commet véritablement un vol. §. 3. *hic.*

Il y a cependant des cas où les choses mobilières peuvent être prescrites , par exemple , si un héritier trouve dans une succession une chose prêtée , louée , ou donnée en garde au défunt , & qu'il la vende ou la donne , soit par Donation pure & simple ou par Constitution de dot , croyant qu'elle fait partie des biens de la succession , il n'y a pas de doute que celui qui la reçoit de bonne foi ne la puisse prescrire ; car elle ne tombe point dans le cas des choses volées , puisque cet héritier , qui l'a aliénée de bonne foi la croyant à lui , ne l'a nullement volée. §. 4. *hic.*

Ce Paragraphe renferme une exception

à la maxime de Droit , qui veut qu'on ne puisse pas transférer à un autre plus de droit qu'on n'en a soi-même. Il décide , en effet , qu'un acquereur à titre particulier peut prescrire , quoique son auteur ne l'eût pas pû ; car l'héritier ne sçauroit prescrire lui-même une chose , qui auroit été prêtée , louée ou donnée en garde au défunt , parce qu'il succede dans le vice inhérent au titre du défunt. *Leg. 11. ff. de diversis & temporalibus Præscriptionibus.*

Suivant ce qui vient d'être dit dans le Paragraphe précédent , celui qui auroit acquis à titre de propriété un Esclave , qui lui auroit été livré par l'usufruitier de la mere de ce même Esclave , le pourroit prescrire , ce que ne pourroit pas l'usufruitier , parce qu'il ne possède pas *animo Domini*, les hommes n'étant pas *in fructu*, & qu'il n'a point de titres qui puissent servir à la Prescription. §. 5. *hic.* On suppose dans ce Paragraphe que l'usufruitier vendeur étoit de bonne foi , & qu'ainsi il ne commettoit point de vol , parce que le vol ne se commet point sans dessein de voler.

Ce qui vient d'être dit tombe sur les choses mobilières ; à l'égard des immeu-

bles ; voici le Droit qui s'observe. Si un homme prend par violence possession d'un fonds à la faveur de l'absence , ou de la négligence de celui qui en est propriétaire , ou parce qu'il seroit décédé sans héritiers apparens , quoique cet homme soit possesseur de mauvaise foi , en ce qu'il n'ignore pas qu'il s'est emparé du bien d'autrui , néanmoins s'il le livre à quelqu'un qui le reçoive de bonne foi , cet acquereur ne pourra devenir propriétaire ou par une longue possession , parce que ce fonds ne tombe point dans le vice des choses volées , ni dans celui des choses occupées par violence ; car on n'a pas suivi le sentiment de quelques anciens , qui estimoient que le vol se pouvoit faire d'un fonds ou d'une place , & les Empereurs ont voulu par leurs Ordonnances qu'on n'inquietât pas ceux qui sont détempteurs des immeubles , lorsqu'ils auroient par devers eux une possession longue & certaine. §. 7. *hic.*

Les Ordonnances des Empereurs , dont parle ici Justinien , se trouvent au Titre du Code de *Præscriptione longi temporis.*

Il est bon de montrer que dans les choses mobilières la mauvaise foi de l'Au-

teur naît à l'acquéreur ; parce que celui qui vend ou transfère en la personne d'un autre quelque effet mobilier à titre de propriété , sçachant bien qu'il n'en est pas le propriétaire, commet un vol : or les choses volées ne peuvent être acquises par Prescription.

Il en est autrement à l'égard des choses immobilières , il suffit que notre auteur n'en ait pas usurpé la possession par violence ; & la connoissance qu'il a qu'elles appartiennent à autrui , n'en empêche pas la Prescription , parce que cette connoissance ne le rend pas coupable du crime de vol : *rei enim immobilis non est furtum.*

En quatrième lieu , ce qui appartient au fisc ne se peut prescrire , cependant Papinien a laissé par écrit qu'un Acheteur de bonne foi peut prescrire les biens vacans , qui lui ont été vendus & livrés avant d'être réunis & incorporés au Domaine , & les Ordonnances des Empereurs sont conformes à la décision de ce Jurisconsulte.

En cinquième lieu, les choses qui ont été vendues par le fisc , ne sont mises qu'improprement par quelques Auteurs au rang des choses imprescriptibles , on ne peut les regarder de cet œil qu'en ce que l'ac-

quéreur

quereur n'a pas besoin du secours de la Prescription pour s'en assurer la propriété. On apprend dans le Paragraphe 13. de ce Titre que suivant un Edit de l'Empereur Marc , celui qui avoit possédé pendant cinq ans une chose que le fisc lui avoit vendue , étoit en droit d'opposer au vrai propriétaire qui la revendiqueroit la fin de non-recevoir ; mais que l'Empereur Zenon avoit encore mieux pourvû par son Ordonnance à la sûreté de ceux qui acquierent quelque chose du fisc , soit par Vente , par Donation ou par quelqu'autre Titre.

Cette Ordonnance porte , en effet , qu'ils seront dès ce moment de leur acquisition à l'abri de toutes poursuites qu'on en pourroit faire , & qu'ils obtiendront à cet égard gain de Cause , soit en demandant ou en défendant ; mais elle a en même-temps voulu que ceux qui croiroient avoir quelque action pour la propriété , ou pour quelque droit d'hypothèque sur ces sortes des choses aliénées par le fisc , fussent en droit de se pourvoir pour raison de ce contre le fisc pendant l'espace de quatre ans ; cette Ordonnance de Zenon , dont il est fait ici mention , est

la Loi *Omnes Cod. de Quadriennii Prescriptione*, & Justinien par une autre Ordonnance, dont il est parlé dans notre Texte, & qui est renfermée dans la Loi 6. *Zenone Cod. eod.* étendit le privilege porté par la Constitution de Zenon touchant les aliénations faites par le fisc à ceux qui auroient acquis quelque chose du domaine propre des Empereurs ou des Imperatrices.

La seconde condition requise, pour que la Prescription ait lieu, est la bonne foi dans la possession, comme nous l'avons déjà dit; car il ne faut pas croire que l'Usucapion & la Prescription ait été introduite pour favoriser l'injustice & l'iniquité.

La bonne foi n'est autre chose ici que l'opinion ou la créance qu'on a, que la chose a Titre translatif de propriété nous appartient légitimement, ce qui arrive quand nous achetons quelque chose, ou que nous la recevons à quelqu'autre Titre translatif de propriété de celui que nous avons sujet de croire en être le propriétaire.

Mais cette bonne foi n'est requise qu'au commencement de la possession; c'est-à-

dire , au tems de la tradition de la chose ,
Leg. 10. § Leg. 44. ff. de Præscriptionibus & *Usucapionibus* , *Leg. 48. ff. de acquirendo rerum dominio* ; ainsi quoique le possesseur reconnoisse avant que d'avoir accompli la Prescription , que la chose qu'il a acquis n'appartenoit pas à son Auteur nonobstant cette connoissance , s'il la possède paisiblement & sans trouble pendant tout le tems réquis par la Loi , il a accompli la Prescription , & on ne peut point lui opposer la mauvaise foi , *ea enim quæ semel utiliter constituta sunt , § Juris autoritate firmata perdurant ; licet casus extiterit , à quo non potuissent inchoari*. Ce qui vient d'être dit ne doit s'entendre que des acquereurs ou successeurs à Titre universel , ainsi qu'on verra ci-après.

La troisième condition requise pour la Prescription, est que la possession soit fondée sur un juste Titre ; c'est-à-dire , sur un Titre translatif de propriété , au cas que celui qui l'a fait eût été le véritable propriétaire de la chose , ainsi par un juste Titre on entend ici celui qui *habet causam legitimam* , & *ex quo sequeretur Translatio domini* , si à vero dominio res fuisset tradita , comme sont la Vente, la Donation

& autres semblables ; mais pour être dans le cas de cette condition il faut avoir réellement un Titre présumé juste , & l'erreur à ce sujet ne profiteroit de rien ; par exemple , si un homme croyoit tenir à Titre d'achat une chose qu'il n'auroit pas achetée , ou à Titre de donation une chose qui ne lui auroit pas été donnée. §. 11. *hic.*

La quatrième condition requise pour la Prescription est la possession , possession civile *animo domini* & continuée sans interruption pendant tout le tems défini par la Loi. Il ne faut pas conclure de-là que la possession doit être nécessairement commencée, continuée & accomplie sur la tête de la même personne , il est permis au contraire de s'aider de la possession de nos Auteurs ; mais il faut distinguer à ce sujet entre les successeurs à Titre universel , tels que les héritiers ou les possesseurs des biens , qui en tiennent lieu suivant l'Edit du Préteur & les successeurs à Titre particulier , tel que ceux qui acquièrent par Vente , Echange , Donation ou autre Titre semblable.

A l'égard des successeurs à Titre universel , il est certain qu'ils peuvent s'aider de la possession utilement commencée en

la personne du défunt , quand même ils feroient eux-mêmes en mauvaise foi , & qu'ils fçauroient que la chose appartient à autrui ; mais pareillement si le défunt a commencé par une possession vicieuse , elle leur sera inntile , fussent - ils dans la bonne foi , la raison en est que les héritiers font les images de leurs Auteurs , qu'ils succèdent à leurs vertus & à leurs vices. *Leg. 48. ff. de acquir. rer. dom.* & qu'ils ne peuvent pas changer la cause de la possession de leurs Auteurs. *Leg. 11. ff. de diversis ¶ temporalibus Præscriptionibus §. Diutina 12. hic.*

Il en est tout autrement du successeur particulier , tel que l'Acheteur , le Donataire , & le tems de la possession de ceux-ci se joint avec celles de leurs Auteurs. *Dicto §. Diutina* , pourvû que les uns & les autres ayent été en bonne foi.

Mais il n'y a point d'accession d'une possession vicieuse à une possession juste , ni d'une possession juste à une vicieuse , lorsqu'il s'agit d'un successeur à Titre particulier.

Conséquemment si la possession du Vendeur étoit vicieuse dans son commencement , elle ne pourroit point servir à

l'acheteur de bonne foi , *Leg. 13. §. 1. & ult. ff. de acquir. vel amit. possessione* ; mais cette vicieuse possession du Vendeur n'empêcheroit pas néanmoins que l'acheteur ne pût commencer & accomplir la Prescription *ex suâ personâ* , si sa possession avoit commencé de bonne foi , *Leg. 3. §. ff. de diversis & temporalibus Præscriptionibus.*

Tout au contraire l'acheteur , qui au commencement de sa possession étoit dans la mauvaise foi , bien loin de pouvoir réjoindre à sa possession celle de son Vendeur , ne pourroit pas même prescrire *ex suâ personâ* , quoique son Vendeur eût été dans la bonne foi au commencement de sa possession.

La raison de ces décisions , est que l'acquéreur ou autres successeurs à Titre particulier ne représentent pas la personne de leur Auteur , comme le font les successeurs à Titre universel , tels que les héritiers selon le Droit Coutumier , ou les possesseurs des biens suivant le Droit Prétorien.

Droit François.

Les usages des Pais du Droit Ecrit sont

très-différens de ce que je vous ai expliqué dans la précédente Section eu égard au Droit Civil , du moins eu égard à celui dont il est parlé dans le Texte des Institutes ; car il y a des Loix Romaines postérieures , dont nos usages ont retenu les principales dispositions , & abrogé ou modifié les autres , c'est ce qu'il faut développer ici.

Ces Loix Romaines , dont nous parlons , sont renfermées sous les Titres au Code de *præscriptionibus triginta vel quadraginta annorum*, elles décident que toutes les actions périssent par trente années , & bien que la plupart des Interprètes du Droit , ayant cru que cette disposition ne tomboit que sur les actions personnelles , la Loi *Sicut* 3. du Titre cité , semble les renfermer toutes , *Sicut in rem speciales* , dit-elle , *ita de universitate ac personales actiones ultra triginta annorum spacium minimè protendantur , sed si qua res vel jus aliquod postuletur , vel personâ quâlicumq. actione vel persecutione pulsetur , nihilominus erit agenti triginta annorum Præscriptio metuenda*. Pour le moins est-il bien certain que par nos mœurs le terme de trente ans est nécessaire , tant dans les ac-

tions réelles que personnelles & mixtes, & que ce n'est que par ce terme qu'on acquiert des immeubles, & qu'on s'affranchit de l'obligation de payer ou autres semblables, *Masuer tit. de præscriptionibus Boërius decis. 182. n. 12. Peresius in Cod. eodem de præscript. 30. vel 40. annorum n. 17.*

Le terme de la prescription ayant été prorogé si notablement, il n'est plus nécessaire aussi pour l'acquérir d'avoir ni titre ni bonne foi; conséquemment les choses volées ou possédées par violence, peuvent être aujourd'hui prescrites par la possession paisible de 30.ans. *Boërius decis. 41. n. 38. Guip. quest. 416. & ibi. Ferr. Bacquet Traité des droits de Justice ch. 21. n. 185. & suivans.*

Nous nous sommes éloignés en cela du Droit Canonique qui exclut toute sorte de prescriptions, même de temps immémorial s'il n'y a pas eu bonne foi, *cap. 1. ult. extra de prescript.* & nous avons donné la préférence aux Loix du Code, qui en introduisant la prescription de trente ans, ont cessé d'exiger la bonne foi comme condition nécessaire pour prescrire, c'est ce qui paroît nettement

dans la Loi mâle *agitur* 2. du titre du Code déjà cité plusieurs fois ; car elle n'exclut du bénéfice de la prescription que les possesseurs précaires , c'est-à-dire , ceux qui ne possèdent pas *animo domini* , mais au nom d'autrui & non à leur nom propre , tels que les Fermiers , les Locataires , les Dépositaires , les Engagistes , & c'est ce qui est encore parmi nous d'un usage constant.

Il n'est donc plus nécessaire aujourd'hui d'avoir ni titre ni bonne foi , pour prescrire du moins lorsqu'il s'agit de la prescription de trente ans ; & ces deux conditions ci-devant requises étant retranchées à présent , il n'est plus question que de s'occuper des deux autres concernant la qualité des choses prescriptibles & non prescriptibles , & le temps , la qualité , & autres circonstances concernant la possession.

Commençons par la première. Il y a beaucoup des choses qui ne sont pas sujettes à la prescription , un détail exact à ce sujet nous meneroit trop loin , & nous nous contenterons de vous indiquer les principales.

Il faut d'abord vous instruire d'une re-

gle générale qui est d'un grand secours en cette matiere ; sçavoir, que les choses qui ne peuvent pas être aliénées ne peuvent pas être prescriptibles non-plus , parce que la prescription est elle-même une espèce d'aliénation , *alienationis verbum* , dit la Loi 28. ff. de verb. significat. etiam usucapionem continet nix est enim ut non videatur alienare qui potitur usucapi.

Selon cette regle , les choses sacrées , les choses religieuses , & les saintes , ne peuvent être prescrites , parce qu'elles sont hors du commerce des hommes , en telle sorte que même la bonne foi du possesseur , le titre de son acquisition & la longue possession continuée pendant plus de cent ans ne seroit pas capable de lui en acquérir la propriété par prescription , *bona fides enim tantumdem possidenti præstat quantum veritas sed quoties lex impedimento non est* , leg. 136. de reg. juris.

Il en est de même des choses publiques , telles que les chemins Royaux , les Rues , les Places des Villes , &c. parce qu'elles sont hors du commerce des particuliers , & destinée seulement à l'usage du public ; or la prescription n'a pas été introduite

contre l'utilité publique , mais pour cette utilité publique.

Au surplus , il ne faut pas confondre les choses saintes & sacrées dont nous venons de parler , avec les biens appartenant à l'Eglise , tels que des fonds , de domaines , de terres , de Seigneuries , de droits Seigneuriaux , &c. car ces biens Ecclésiastiques sont prescriptibles sans difficulté , & l'Eglise à cet égard n'a d'autre avantage contre les particuliers , sinon qu'il faut contre elle une possession de quarante ans , suivant la disposition de l'Autentique *quas actiones cod. de sacrosanctis Ecclesiis.*

On jugeoit autrefois que pour prescrire contre l'Eglise , il falloit au possesseur un titre tel qu'il pût le constituer en bonne foi ; c'est-à-dire , revêtu extérieurement de toutes les solemnités requises pour l'aliénation des biens d'Eglise : Pastor assure même dans son *Traité de bonis temporalibus Ecclesiæ tit. 7. n. 2.* que c'est l'usage actuel , & que s'il n'y a point de titre , & de titre présumé juste , on ne peut s'aider contre l'Eglise que de la prescription de cent ans.

Mais cet Auteur s'est trompé , & l'on

juge à présent que sans titre ou avec titre vicieux, la possession paisible de quarante ans sans trouble & sans interruption, suffit pour mettre l'acquéreur à l'abri de toute recherche : ici dans cette partie la maxime vulgaire que *melius est non habere titulum quam habere vitiosum* n'a pas lieu.

Mais de quel tems faut-il commencer à compter les quarante années ? Est-ce par exemple dans les cas de l'aliénation du jour de l'aliénation même, ou du jour de la mort du Bénéficiaire qui l'a consentie. Un Auteur célèbre de ce Parlement, c'est Ferriere, a tenu sur la question 150. de Guipape, que la prescription commençoit à courir du jour même de l'aliénation, & se continuoît pendant la vie du Bénéficiaire qui l'avoit mal-à-propos faite ; car on comprend aisément qu'il s'agit ici des aliénations invalables : celles qui sont dans les regles n'ont pas besoin du secours de la prescription.

Cette opinion de Ferriere a été justement censurée par Soulier sur Pastor, *Traité de bonis temporalibus Ecclesiæ* titre 7. aux notes, *currere non incipit præscriptio*, dit-il, *à die alienationis sed tantum à die obitus alienantis licet aliud velit*

Ferrarius, & la resolution de Soulier qui est la vraye, est fondée sur la disposition du Canon *Sacerdotes causa* 16. *quest.* 3.

Mais s'il s'agit d'une prescription contre l'Eglise sans titre, faudra-t'il compter le tems qui a couru sur la tête du Bénéficiaire, sous lequel la prescription a commencé, ou l'époque de la prescription sera-t'elle renvoyée sur la tête de son successeur, en comparant le défunt au Bénéficiaire qui a fait une aliénation : cette question n'est pas traitée dans les Auteurs, mais il y a un Arrêt moderne rendu en la premiere Chambre des Enquêtes en faveur du sieur de Serres Prieur de Queysargues, qui a jugé en conformité de cette dernière opinion, & cela me paroît en regle, parce que *alienationis verbum etiam usucapionem continet vide* : pour la preuve de ce que je dis ci-dessus concernant la prescription des biens d'Eglise sans titre, avec titre, ou même avec titre vicieux, *Camb. liv. 2. chap. 6. Graverol sur Laroche liv. 1. tit. 10. art. 1. M. de Catellan liv. 1. chap. 35. Journal des Audiences tom. 1. liv. 4. chap. 26. ¶ 27.*

Il n'y a qu'une autre observation à nous faire à ce sujet, c'est que la prescription

ne peut commencer ni continuer, ni s'accomplir contre l'Eglise tant que le Bénéfice est vaquant, & qu'il n'y a pas conséquemment de défendeur legitime de ses droits, *quandiu ecclesia remanet viduata Pastore cap. 1. § 4. de præscript.* Soulier sur Pastor au lieu préallégué.

Vous avez vû que le terme de la prescription contre l'Eglise est de quarante ans; mais on a douté autrefois si cette même Eglise succédante à un particulier contre qui la prescription étoit commencée & déjà avancée devoit jouir du privilege de quarante ans; on peut voir dans M. de Catellan liv. 1. ch. 9. les raisons qui étoient alléguées de part & d'autre. Il suffit de vous observer que la question fut jugée en faveur de l'Eglise, & que c'est la Jurisprudence actuelle; c'est-à-dire, que si la prescription de trente ans se trouve achevée contre le particulier lorsque l'Eglise lui succède, le privilege de quarante ans ne sert de rien à l'Eglise qui succède trop tard pour l'opposer; mais que si la prescription n'est pas achevée & le droit acquis au possesseur; il en est d'elle, comme la Loi dit, qu'il en est du fisc, *cum in privati jus succedit jure privati pro*

anterioribus successione temporibus utitur, cæterum postquam successit habet privilegium suum.

Il est si constant que la seule prescription de quarante ans peut être opposée à l'Eglise, que la prescription de dix ans donnée aux tiers acquereurs à l'égard de l'action hypothécaire dont je vous parlerai plus en détail ci-après, est de quarante ans contre elle : cette Jurisprudence attestée par M. de Catellan au lieu préallégué, est fondée sur des bonnes preuves qui sont compilées au même lieu.

Qui plus est, on juge que la prescription de dix ans du tiers-acquereur est prorogée à quarante lorsqu'on l'oppose à l'Eglise qui a succédé à un particulier contre lequel elle avoit commencé ; il a été même jugé que l'Eglise ayant droit d'un créancier, d'un vendeur sous faculté de rachat, peut user de cette faculté pendant quarante ans à compter du jour de la vente, quoique la faculté de rachat ne convienne naturellement qu'au vendeur & à ses héritiers, ou aux créanciers comme par grace, & du chef du débiteur dont ils exercent les actions. On crut cependant que l'Eglise au moyen de la

cession qui lui avoit été faite par le créancier du vendeur (car c'étoit ici cession & non succession) étant devenue créancière du vendeur avant le tems de la faculté de rachat expiré contre le cédant , l'Eglise cessionnaire avoit donc trouvé cette faculté de rachat dans les biens de son débiteur vendeur, qu'ainsi cette faculté lui ayant été dès-lors hypothéquée pour sa dette , elle devoit avoir , tout comme ce qui appartient à l'Eglise , le privilege de ne pouvoir être prescrite contre elle que par le cours & la possession de quarante ans , *M. de Catellan loco citato.*

Les biens appartenans à l'Eglise sont prescriptibles par quarante ans , nous venons de le démontrer ; mais il ne faut pas confondre les biens appartenans à l'Eglise avec les rentes dûes à l'Eglise à raison des fondations concernant le Service Divin ou le Service pour les morts , que nous appellons vulgairement rentes obituaires , que je donne , par exemple , mes biens à l'Eglise , ces biens seront sujets à la prescription de quarante ans ; mais si sans les donner à l'Eglise je les charge simplement d'une rente obituaire , cette rente sera imprescriptible , sans distinguer comme

me on faisoit autrefois, si elle est établie par contrat ou par testament. Dolive, liv. 1. chap. 6. notemment aux additions, & Catellan, liv. 1. chap. 7.

On a demandé à ce sujet si la clause & condition apposée à la fondation qui réserve aux héritiers la faculté de racheter moyennant une certaine somme, rend la rente prescriptible par la présomption du rachat qu'établit le défaut de paiement de la rente durant le temps suffisant pour prescrire contre l'Eglise, & si cette clause & cette faculté de rachat peuvent être prescrites par l'Eglise contre le Particulier héritier du fondateur, faute d'avoir fait le rachat dans le temps de la prescription ordinaire.

Les avis, dit Mr. de Catellan au lieu cité, sont assez partagés & brouillés sur cette matiere dans les Auteurs même de ce Parlement qui sont indiqués dans ce lieu. Mr. de Catellan rapporte les raisons des uns & des autres, & puis il atteste la dernière Jurisprudence en ces termes.

J'ai vû juger, dit-il, sur toute cette matiere, que la faculté de rachat apposée à la fondation faisoit présumer le rachat fait, lorsqu'on avoit durant quarante an-

nées de suite discontinuée de payer la rente. Il rapporte l'espèce d'un Arrêt qui le jugea ainsi en faveur de la Dame Comtesse de Peyre, & de peur que cette décision conçue en termes généraux ne peut faire illusion au Lecteur, il l'a limitée par les termes suivans : Il est vrai que le long-temps depuis plus de trois siècles passés sans payer la rente, les grands biens de la maison de Peyre, qui par là s'étoit toujours trouvée en état de racheter ; & le pillage du Château de Peyre durant les troubles fortifioient la présomption de ce rachat, quoique d'ailleurs non prouvé, & avec cela il passa fort juste, & de dix voix à huit à l'avis de l'Arrêt.

L'Auteur continue hors lequel cas (& ce cas est fort rare) j'ai vû prévaloir sur cette matiere ces maximes que les rentes obituaires ou autres en faveur de l'Eglise, étant naturellement imprescriptibles, la clause de la faculté de rachat n'en peut changer la nature, & les rendre prescriptibles & prescrites par la seule cessation de paiement, le rachat dans ce cas ne devant être présumé s'il n'est prouvé ; mais qu'est-ce que cette clause ne peut ôter à la rente ? la rente le communique à cette

clause, laquelle devient imprescriptible comme apposée à un acte imprescriptible qu'il ne peut l'être pour une partie, & pour l'exception dont la nature reçoit plus aisément un caractère de perpétuité que la nature de l'action, suivant la regle familiere du Droit, *quæ sunt temporalia ad agendum sunt perpetua ad excipiendum.*

L'Auteur en rapporte un Arrêt exprès, par lequel les héritiers du fondateur furent condamnés à payer la rente obituaire de dix sétiers de bled & une pipe de vin, & arrérages depuis vingt-neuf ans avant l'instance, & qui leur permet néanmoins de se liberer de cette rente à l'avenir en payant à l'obituaire la somme de 150. liv. contenue dans la fondation, à la charge qu'elle seroit employée en autre rente assurée.

On forma, dit Mr. de Catellan, quelque difficulté dans cette affaire sur le bas prix du rachat eu égard à la rente & au Service; quelques-uns là-dessus voulant augmenter le prix du rachat à proportion de la valeur du bled & du vin au tems lors présent; d'autres vouloient du moins augmenter le prix à concurrance de ce qu'il falloit pour faire le service de deux Messes

par semaine, & par-là exécuter la volonté du défunt sur un point aussi essentiel que celui qui regardoit le repos de son ame.

Il ne passa néanmoins, dit l'Auteur, à aucun de ces avis par la raison ci-dessus alleguée, que la clause de la faculté de rachat au prix marqué par la fondation étant perpétuelle & imprescriptible, elle devoit être exécutée sans changement ni modification, & il assure qu'on ne fait plus aujourd'hui de difficulté sur ce point, & que sans regarder la valeur de la rente, lors du rachat on reçoit toujours l'héritier du fondateur à racheter en payant le prix du rachat porté par la fondation.

Mais la rente annuelle & perpétuelle constituée à prix d'argent en faveur de l'Eglise ne jouit du privilège des rentes obituaires ou autres rentes établies pour le Service Divin, elle est au contraire sujette à la prescription de quarante ans, Mr. de Catellan *loco citato*.

La rente obituaire est si favorable qu'elle est imprescriptible, non-seulement pour l'action personnelle contre les héritiers du fondateur, mais pour l'hypothécaire même contre tous acquéreurs & posses-

seurs des biens sans que l'Eglise soit obligée de discuter les héritiers préalablement. Mr. de Catellan en rapporte un Arrêt au chapitre préallégué, lequel est conforme à l'avis de Ferriere sur la question 432. & 556. de Guipape.

Me. Vedel dans ses Observations sur ce chapitre rapporte un autre Arrêt assez moderne, puisqu'il est du 12. Avril 1718. qui a jugé la question en plus forts termes contre les tiers-acquereurs, par cet Arrêt il fut décidé que le sieur de Vabres, Marquis de Castelnau, possesseur & tiers-acquereur des biens sujets au paiement d'une rente établie en faveur de la Chapelle de l'Assomption de quatre sétiers de bled, n'avoit pas prescrit l'hypothèque par une jouissance de 148. ans, quoiqu'il n'y eût pas de service annexé à cette rente, & qu'il y eût un transport de cette même rente sur deux différens héritages, dont les possesseurs l'avoient régulièrement payée.

Sur le même principe de la faveur des rentes obituaires, on juge que le possesseur d'une partie des biens du Fondateur est tenu de payer les entiers arrerages de la rente obituaire depuis 29. ans avant

L'Instance, sans que l'Obituaire soit obligé de faire nulle discussion ni division, sauf au possesseur de cette partie des biens son recours contre les autres possesseurs, en quoi la rente obituaire est plus favorablement traitée que la fonciere, les arrerages de cette dernière rente dûë par indivis ne pouvant être demandés par indivis; mais seulement contre chacun des tenanciers à proportion de ce qu'ils possèdent des biens sujets à la rente, Catellan & Vedel au lieu préallégué.

Nous avons dit ci-dessus que la rente obituaire fondée sur la faculté de rachat n'étoit pas présumée rachetée, de-là qu'on avoit demeuré 40. ans & plus, sans en faire le paiement, il en est de même de la rente établie sur un fonds avec liberté de l'en pouvoir liberer, en le transférant sur un autre fonds, cette translation n'est pas présumée, bien qu'il y ait eu cessation du paiement de la rente pendant plus de 40. ans, ou même pendant plus d'un siècle, & que le fonds originairement affecté ait été pendant tout ce temps en la main des tiers-possesseurs, Catellan *loco citato*.

Au surplus quelque naturel qu'il soit de condamner aux arrerages de la rente obi-

ruaire depuis 29 ans avant l'Instance, celui que l'on condamne au paiement de la rente, & bien que ce soit l'usage ordinaire & commun, ainsi que nous l'avons observé ci-devant, on décharge souvent néanmoins du paiement des arrerages antérieurs à l'Instance le tiers-possesseur, s'il paroît clairement qu'il étoit en bonne foi; c'est-à-dire, qu'il avoit ignoré cette charge des fonds par lui possédés, Catellan & Vedel, *Ubi supra*.

Dans un autre endroit de ses Ouvrages, c'est au liv. 3. ch. 2. M. de Catellan assure que les rentes Obituaires peuvent être prouvées sans titre, ni autre preuve écrite, & par des Témoins seulement, qui déposent du paiement de la rente pendant 30. ans, il en rapporte un Arrêt; cependant je doute fort que la décision soit bonne, car tout ce qu'on peut faire de plus, ce semble, en faveur des rentes Obituaires, c'est de les comparer aux rentes foncières, & il est certain que les rentes foncières ne peuvent pas être prouvées par Témoins, l'Auteur en demeure lui-même d'accord, & celui qui l'a commenté a fait un fort bon usage de cette observation.

Ça été une question, si le fonds légué

pour servir à la nourriture & à l'entretien d'un Prêtre, qui faisoit le service porté par la Fondation, étoit prescriptible ou non, il semble qu'il y a lieu de résoudre que ce fonds est prescriptible, ainsi que les autres fonds appartenans à l'Eglise, mais cette condition que le revenu en seroit employé à l'entretien d'un Chapelain chargé du Service, semble mettre ce cas dans l'espèce des rentes Obituaires, & M. de Catellan, liv. 1. chap. 45. rapporte deux Arrêts qui l'ont jugé ainsi; c'est-à-dire, que le fonds dont s'agit étoit imprescriptible comme elles.

Mais depuis que cet Auteur a écrit, il y a eu deux Arrêts contraires, l'un au Rapport de Mr. de Celés du 12. Juillet 1725. & l'autre au Rapport de Mr. de Gauran le 20. Juillet 1726. ce dernier rendu en faveur des sieurs de Labrouë & Andrieu, Bourgeois de la Ville de Figeat contre les Peres Cordeliers de cette Ville au sujet d'un Moulin legué, avec charge de dire chaque jour une Messe pour le repos de l'ame du Fondateur, & on en peut voir de semblables dans Graverol sur Larroche, liv. 6. *in verbo* Prescription, art. 2. & dans Albert, lettre P. *verbo* Pension, art. 5. &

6. ce dernier Auteur rapporte des Arrêts, qui ont jugé la même chose, quand le Don ou Legs d'une somme est faite à l'Eglise une fois payé, quoiqu'on y ait attaché un Service.

Les Auteurs ont remarqué que la Prescription quarantenaire, dont parle l'Authentique *Quas actiones* étoit un privilege pour l'Eglise, & non pour les Ecclésiastiques, & qu'ainsi tout ce qui regarde les biens à eux propres, ou les revenus annuels ou casuels de leurs Benefices, comme Droits Seigneuriaux, Lods & Vente, &c. devoit être sujet à la Prescription ordinaire de trente ans, Bacquet, Traité du Droit de Deshérence, chap. 7. n. 21. & 22. Maynard, liv. 6. ch. 31. & 32. Ferriere sur la quest. 416. de Guy-Pape.

Les biens du Fisc ou Domaine de la Couronne sont imprescriptibles par notre Droit, comme par celui des Romains, mais pour bien fixer notre usage là-dessus, il faut distinguer avec Bacquet, Traité du Droit de Deshérence, ch. 7. quatre sortes de Droit ou des Biens.

La premiere est des Droits, qui appartiennent au Prince en qualité de Souve-

rain , appellés Droits de Souveraineté , comme la Prestation de Foi & Hommage dûë au Roi par les Pairs , Ducs , Marquis , Comtes & autres Seigneurs du Royaume , les Droits des Tailles , le Droit de naturaliser les Etrangers , le Droit de légitimer les Bâtards , d'amortir les Héritatages tenus par Gens de Main-morte , de donner des Lettres de Rémission , de Pardon & autres de battre Monnoye , & tous ces Droits , & autres semblables sont imprescriptibles , parce qu'ils sont dûs à raison de la Souveraineté.

La seconde est des Biens & Droits , qui sont du Domaine de la Couronne , & que le Prince possède en cette qualité , de quelque nature qu'ils soient , comme Fiefs , Bois , Preys , Rentes , Justices , Aides & autres Subsidés.

Ces biens ne tombent point dans la Prescription parmi nous , & n'y tombent point non plus parmi les Romains suivant les Loix 1. & 2. *Cod. de rei Dominiæ vel Templorum vindicatio temporis Prescriptione submoveatur.*

Il en est de même des héritages échûs à nos Rois par succession directe & collatérale , & réünis à la Couronne par Lettres

Patentes dûëment vérifiées , ou desquels les Receveurs ordinaires des Lieux ont fait recette & compte pendant plus de dix ans en la Chambre des Comptes, d'autant que, dit Bacquet, par le moyen de telle recette, telles Seigneuries, Héritages & Droits appartenans aux Rois par succession ou acquisition, ont été tacitement réunis à la Couronne, & rendus Domaniaux suivant l'Art. 2. de l'Edit de l'Union & Conservation du Domaine de l'année 1566.

Ces biens sont conséquemment imprescriptibles, car le domaine de la Couronne a été déclaré par l'Edit de François I. du 30. Juin 1539. inalienable & imprescriptible par quelque temps que ce soit quoiqu'il excède cent ans ; & c'est de là que s'est formée cette maxime de notre Droit François, qui a plumé l'oye du Roi, cent ans après en rend la plume.

Ce qu'il y a de singulier, c'est que Loysel qui la rapporte en ses Institutes, *Cout. tit. des prescriptions reg.* 15. dit en même-temps que la prescription de cent ans est reçue contre le Roi eu égard aux biens dont on traite, Bacquet lui-même en dit autant au lieu cité, & M. Leprêtre *Traité de la souveraineté liv. 3. chap. 2.* est encore de cet avis.

Ils en ont été repris par Jacques Ferriere Auteur de ce Parlement, dans ses observations sur la question 416. de Guipape, & par Claude Ferriere, Auteur moderne du Parlement de Paris, dans son grand Commentaire sur la Coutume de Paris, tom. 2. tit. 6. des prescriptions, dans le discours préliminaire §. 3. ceux-ci soutiennent que les biens domaniaux ou rendus tels en la maniere ci-dessus expliquée, sont imprescriptibles par quelque temps que ce puisse être, & je suis persuadé qu'ils ont raison.

La troisième est des biens particuliers du Prince qui lui appartiennent par acquisition ou par succession avant qu'il fût Roi, & qui n'ont pas été réunis au domaine, lesquels se prescrivent par trente ans, suivant l'opinion de Bacquet & de Jacques Ferriere au lieu préallégué. La raison en est, que le Roi possède ces biens non comme Roi, mais comme privé & particulier; d'où il suit que la prescription ordinaire lui peut être opposée.

Il en faut dire de même des biens qui appartiennent au Roi par droit de desherance, d'aubaine, de bâtardise ou de confiscation, & non réunis au domaine,

lesquels se prescrivent par trente ans.

Bacquet assure que c'étoit le sentiment des fameux Avocats de son temps, lesquels dans trois consultations différentes furent de cette opinion, parce que l'action en demande d'hérité se prescrit par ce temps, *leg. hereditatis cod. de petitione hereditatis.* Ferriere sur la question 416. de Guipape, dans ces anciennes & nouvelles notes atteste la même chose, mais d'une manière plus expresse & plus positive, & l'on y trouve d'ailleurs ramassées toutes les différentes opinions qu'il y avoit eu à ce sujet.

La quatrième est des lods & ventes, quintes & requintes, rachats, reliefs, & autres profits dûs au Roi pour les ventes & aliénations des terres mouvantes de la Couronne, lesquels se prescrivent aussi par trente ans, parce que ce sont des profits casuels & mobiliers dont la prescription ne conserve point la propriété, il en est à cet égard comme à l'égard de l'Eglise, *Ferriere sur la question 416. de Guipape.*

En finissant sur cette matière, nous observerons que bien que par le Droit Romain celui qui avoit acquis du fisc des

biens appartenans à autrui fût en fureté contre le propriétaire d'abord par quatre ans de possession, & ensuite du moment même de l'acquisition, ainsi que nous l'avons expliqué ci-devant; il en est tout autrement parmi nous, & que selon nos mœurs ceux qui ont acquis de fise des biens appartenans à un tiers, n'en deviennent vrais propriétaires que par la prescription de trente ans, *Buignon des Loix abrogées liv. 6. chap. 122. Bacquet du droit de desherance chap. 7. n. 20. Automne ad tit. cod. de quadrienni præscriptione.*

La faculté de racheter les rentes constituées à prix d'argent est imprescriptible par quelque temps que ce soit.

Les dîmes dûes aux Ecclésiastiques sont imprescriptibles par les Laïques possesseurs des fonds de quelque temps que soit leur possession, & quelle que puisse être leur bonne foi; mais à l'égard des dîmes sur les fonds possédés par autrui, les Laïques s'y maintiennent quand leur possession est ancienne, & qu'elle est appuyée par des hommages & dénombremens, parce qu'on les regarde par présomption comme inféodées avant le Concile de Latran.

Il y a au reste à distinguer, eu égard aux dîmes; entre les grosses & les menues: les premières sont imprescriptibles, eu égard au fonds du droit, mais on en peut prescrire la moindre cotte, *Cambolas liv. 3. chap. 8.* & quant aux menues on peut les prescrire en entier, à moins qu'il n'y eût interversion de culture, *vide Dolive liv. 1. chap. 14. Laroche & Graverol liv. 2. in verbo dîme, art. 4. Catellan liv. 1. ch. 14. & 15.*

L'usufruct est pareillement imprescriptible, c'est-à-dire, qu'elle ne se couvre point par le tems quelque long qu'il puisse être, comme si par exemple un contrat de constitution étoit formé des arrerages d'une rente; c'est la doctrine des Auteurs tels que Dumoulin, Grimaudet, & autres cités par Claude Ferriere au lieu préallégué; c'est encore la Jurisprudence des Arrêts, *Louet lett. T. somm. 6. Boniface tom. 1. part. 1. liv. 8. tit. 2. chap. 8.*

La directe, rentes Seigneuriales & foncières, sont imprescriptibles par quelque tems que ce puisse être: la raison en est, que le vassal ou l'emphytéote est à niveau du locataire engagé fermier, *sibi non possidet sed Domino possidet*, à cause de

la dominité directe que le Seigneur s'est réservée, *Laroche des Droits Seigneux chap. 20. art. 1. & passim.*

Il faut excepter de cette regle le cas de l'interversion de possession : cette interversion de possession, se fait lorsque l'emphytéote ou vassal conteste formellement en justice que le fonds à raison duquel il est actionné soit mouvant de sa directe, & qu'ensuite le Seigneur est assez négligent pour laisser jouir paisiblement l'emphytéote sans lui rien demander par l'espace de trente ans ; car après ce temps la prescription aura lieu, & le Seigneur ne pourra plus rien demander, *Laroche & Graverol ibid.*

Quand j'ai dit que les rentes Seigneuxiales & fonctieres étoient imprescriptibles, j'entends qu'elles le sont quant au droit de les exiger; car du reste on en prescrit les arrerages au-dessus de vingt-neuf ans ; on peut même en prescrire la cotte ; c'est-à-dire, acquérir le droit de les payer sur un plus bas pied que ne porte le titre d'où s'est formée cette maxime, *census præscribitur in cotta non in toto* ; ainsi l'on n'est tenu de payer que la même censive qu'on a payé pendant trente ans, quoi-
qu'elle

qu'elle se trouve réglée à un plus haut pied par d'anciennes reconnoissances, *Laroche & Graverol, ibidem, art. 2.*

Ce que le vassal ou l'emphytéote ne peut pas contre son Seigneur, les Seigneurs ou Cossigneurs le peuvent entre eux; c'est-à-dire, qu'ils peuvent prescrire les uns sur les autres par trente ans entre Laïques, & par quarante contre l'Eglise en faisant apparoir des reconnoissances, jouissances paisibles & payemens à eux faits durant le temps de trente ou quarante ans, suivant la qualité des Seigneurs contre qui on prétend prescrire, *Laroche & Graverol ibid. art. 3.* Tout cela est nécessaire *per modum unius*, & si une de ces conditions manque, il n'y a point de prescription; ainsi l'on trouve dans M. de Catellan liv. 3. chap. 3. un Arrêt qui jugea qu'un Seigneur voisin n'avoit pas prescrit la directité à son profit par la seule prescription de la rente pendant plus de trente années.

L'emphytéote ou vassal ne peut pas prescrire contre son Seigneur, nous l'avons dit; mais le Seigneur aussi ne peut pas prescrire contre son vassal, c'est l'ordre des correlatifs; il est cependant cer-

rain que le Seigneur Iuzerain, du moins quand c'est le Roi, peut prescrire les arrieres-fiefs au préjudice du vassal immédiat, sauf lorsque les arriere-fiefs appartiennent à l'Eglise, *Boissieu de l'usage des fiefs part. 1. chap. 16. M. de Catell. liv. 3. chap. 29.*

Nous avons dit que les rentes obituaires & foncières sont imprescriptibles, & l'une des raisons qui le fait juger ainsi, c'est que l'action en renaît tous les ans: en est-il de même de toutes les rentes, pensions ou prestations annuelles, car la même raison revient.

On apprend dans Peresius sur le titre du Code de *Prescript. 30. vel 40. annorum*, & dans Mr. Dolive au liv. 1. de ses Questions Notables, chap. 6. aux additions qu'il s'est élevé à ce sujet des grandes disputes entre les Docteurs & l'Ecole, les uns ont prétendu que par le laps de 30. ans toutes les prestations annuelles étoient éteintes; les autres ont soutenu qu'il n'y avoit que les arrérages de trente ans & au-dessus qui le fussent, & que le droit de les exiger depuis vingt-neuf ans, & à l'avenir demeurait conservé.

Il y en a qui ont pris un troisieme parti, & distingué entre les pensions qui descendent des contrats, & celles qui prennent leur origine des testamens; ils ont cru que les premieres étoient prescriptibles, & que les autres ne l'étoient pas: ils ont fondé cette distinction sur la différence qu'il y a dans le Droit entre les legs annuels & les stipulations annuelles.

En effet, lorsque le testateur lègue certaine quantité d'argent ou de grain *in annos singulos*, ce n'est pas un seul legs, il y en a autant qu'il y a d'années, *Leg. cum in annos*, ff. de annuis legatis, *Leg. 1. §. si in annos singulos*, ff. ad *Leg. falcidiam*, & conséquemment *singulis annis actio nascitur qua ratione legatum efficitur perpetuum* ¶ *prescriptionis in juris minimè ob noxium*, au lieu que les stipulations annuelles ne sont pas regulierement de cette nature, *stipulatio enim annua una est ¶ unam parit obligationem*, *Leg. senatus*, §. ult. ff. de donat. causa mortis, *Leg. 16. §. 1. ff. de verborum obligat.* cette distinction semble néanmoins prescrite par le §. dernier de la Loi *Cum notissimi*, *Cod. de præscript. 30. vel 40. annorum*, quoiqu'il en soit, la distinction dont on a

parlé a prévalu , sauf a l'égard des rentes obituaires & foncieres qui sont indistinctement imprescriptibles d'où qu'elles dérivent.

Ca été autrefois une question difficile & diverssement jugée , si la faculté de racheter *toties quoties* est prescriptible par trente ans , ou s'il faut au contraire la regarder comme imprescriptible. Les Arrêts ont varié là-dessus , ainsi qu'on peut voir dans Mr. Maynard , liv. 4. chap. 53. & dans Mr. Laroche Traité des Droits Seigneuriaux , chap. 20. article 4. mais on juge constamment aujourd'hui & depuis assez long-temps, que la faculté dont il s'agit est prescriptible par trente ans , Ferriere sur la question 64. de Guipape , Cambolas , liv. 6. chap. 24. Dolive , liv. 2. chap. 22. Graverol sur Laroche au lieu cité , Peresius *ubi supra*. Il faut excepter le cas où la faculté de rachat est apposée à un acte & contrat qui est lui-même imprescriptible , ainsi que nous l'avons observé ci-devant en parlant du rachat des rentes obituaires. Il y a une autre exception qui est celle du rachat des rentes constituées , parce que ce rachat est acquis *in perpetuum non ex factō sed ex na-*

tura contractus. Vide Coquille dans ses Questions & Réponses, chap. 260. & 261.

Les biens dépendans de l'Ordre de Malthe ne sont pas sujets à la prescription même centenaire ; c'est la dernière Jurisprudence de ce Parlement, ainsi que l'atteste Mr. de Catellan, chap. 16. Il assure au même endroit que cette prescription de cent ans ne sçauroit être opposée aux Chevaliers de Malthe par le Roi lui-même.

La raison de cette Jurisprudence est que les Chevaliers de cet Ordre sont présumés toujours absens pour le service & la défense de l'Eglise, & qu'il n'est pas juste que dans ce temps-là les enfans de cette Eglise puissent prescrire contre ces défenseurs, & moins encore le Roi qui est le fils aîné de l'Eglise.

On jugeoit auparavant, suivant le témoignage de Mr. de Cambolas, liv. 5. ch. 22. que la prescription de cent ans étoit utile contre les Chevaliers de Malthe. Et l'on apprend dans Bretonnier sur Henris, tom. 1. liv. 4. chap. 6. quest. 73. que c'est encore la Jurisprudence de la plupart des Tribunaux du Royaume.

Il faut même reconnoître que cette Jurisprudence est plus conforme aux règles. Le privilège des Chevaliers de Malthe ne paroît fondé que sur une Bulle de Clement VII. qui acoorde à cet Ordre le même privilège qu'a depuis long-temps l'Eglise Romaine, suivant l'authentique *quas actiones*; sçavoir, de n'être sujet qu'à la prescription de cent ans; pour quoi donc ne pas s'en tenir à cette règle? Cependant cette réflexion n'empêche pas qu'il ne faille résoudre la question dans le Ressort du Parlement de Toulouse, suivant les Arrêts rapportés par Mr. de Catellan au lieu cité; & celui qu'on trouve d'ailleurs dans Graverol sur Laroche, liv. 6. tit. 27. art. 2.

L'Ordre de la Mercy a prétendu au même privilege par une ressemblance des fonctions; mais il en a été débouté, Mr. de Catellan, *ibid.*

Les choses qui sont de pure faculté sont encore imprescriptibles, *ea quæ sunt meræ facultatis sunt imprescriptibilia*. C'est une maxime qui est dans la bouche de tout le monde, & rien ne semble si aisé à entendre; il n'y a cependant rien qui le soit moins, & où l'on bronche plus fréquam-

ment dans l'application, parce qu'on prend pour des facultés des droits acquis ou des servitudes acquises qu'il est certain néanmoins que l'on peut prescrire.

J'estime donc que pour ne pas équivoquer, il faut entendre ici par faculté la liberté entière & absolue qu'on a de faire ou de ne faire pas quelque chose sans être gêné par aucune prescription de temps, ni par aucun genre de péril à craindre en faisant ou ne faisant pas.

Les Auteurs s'expliquent là-dessus d'une manière courte, louche & obscure, & les exemples qu'ils donnent des facultés se ressentent quelquefois de leur embarras. Nul n'en donne à mon avis de si propres à fixer nos idées là-dessus que Despeisses au titre de la prescription. Je vai me servir des mêmes exemples.

J'ai logé chez moi un de mes amis pendant un très-long-temps immémorial, si vous voulés; il ne suit pas de là que je sois obligé de le loger à l'avenir si je ne le veux.

J'ai cuit mon pain dans le four d'autrui, ou moulu mon bled dans le moulin d'autrui pendant trente ou quarante ans, ou plus long-temps encore; il ne suit pas de

là que je ne puisse cesser de cuire ou de moudre dans ce four, ou dans ce moulin lorsqu'il me plaira; car je n'y ai été que librement, & il ne seroit pas juste que l'effet de ma liberté devienne une servitude pour moi.

Il en est de même lorsque je n'use pas des facultés, fût-ce par un temps immémorial, j'ai la faculté d'élever ma maison *Jure communi*, ou de la laisser en l'état, je demeurerai cent ans sans l'élever si je le veux, au bout de ce terme le voisin ne pourra pas s'y opposer sous prétexte du temps qui s'est écoulé, *quia quæ meræ facultatis non sunt prescriptibilia*.

J'ai comme habitant du lieu la faculté d'aller comme les autres dans les communaux d'y faire pâturer; & supposé que je reste trente, quarante, cinquante ans sans user de cette liberté, elle ne sera point prescrite, & quand il me plaira d'en user au bout de ce terme, je le pourrai avec sûreté, sauf le cas de l'interruption de possession.

C'est la résolution de tous les Auteurs, il suffit d'indiquer les principaux, Coquille sur la Coutume de Nivernois, Tit. des Maisons & Servitudes, art. 9. d'Ar-

gentré sur la Coutume de Bretagne, art. 166. Bacquet des Droits de Justice, chap. 29. n. 27. Henrys tit. 1. liv. 4. chap. 6. quest. 91. Ferriere sur la Coutume de Paris au lieu préallegué.

Cela reçoit néanmoins une distinction par l'avis de la plûpart des Docteurs, c'est entre la faculté qui procede de la nature ou de la Loi, & celle qui dérive d'un Contrat de la stipulation des Parties, tous conviennent que la premiere partie est imprescriptible, parce que la nature ou la Loi permettant de faire quelque chose, le Titre en est perpetuel aussi-bien que le pouvoir qu'elle en donne, & à l'égard de la seconde on demeure communement d'accord quelle est prescriptible par trente ans, parce que prenant son fondement dans la convention des Parties, elle demeure dans l'ordre commun de toutes les conventions; je douterois néanmoins de cette décision, si la faculté conventionnelle n'avoit rien de plus que ce que donne la nature ou la Loi.

Parlons à present de l'autre condition requise dans les Prescriptions; sçavoir, de la possession. Il faut pour pouvoir prescrire que la possession soit conti-

nuelle ; c'est pourquoy si après avoir joui plusieurs années d'un héritage, un autre s'en empare, quoique je vienne ensuite à y entrer, je ne puis pas joindre ces deux possessions pour acquérir la Prescription, & je ne dois compter que du jour de la dernière possession.

Il faut de plus que la possession soit paisible & sans aucun trouble, soit qu'elle ait couru sur une seule tête ou sur la tête, tant de l'Auteur que du Successeur ou Acquéreur particulier, car ces temps se joignent ensemble, sur quoi il faut observer qu'il y a deux sortes de troubles, trouble de fait par la force & par la violence, & trouble de Droit par les voyes de la Justice.

Le trouble de fait n'interrompt pas la Prescription, de sorte que quand même le véritable propriétaire d'une maison ou d'un héritage, dont je suis en possession, s'en feroit emparé par force, il ne m'empêcheroit pas de prescrire, parce que les Loix n'approuvent pas les voyes de fait, qui ne tendent qu'à introduire la confusion & le désordre dans l'Etat ; c'est pourquoy dès le moment qu'un homme justifie sa possession & le trouble qui lui a été fait,

les Juges doivent ordonner qu'il sera remis en possession, sans examiner les Titres de propriété de part ni d'autre, *vide* l'Ordonnance de 1667. tit. 18. art. 4. c'est ce qu'on appelle juger le possessoire avant le petitoire ; mais il faut en ce cas que celui qui a été troublé, intente son action en complainte dans l'an & jour du trouble, autrement il perdrait sa possession & ne pourroit plus prescrire suivant Mr. de Catellan, liv. 7. chap. 11. l'Assignation donnée devant un Juge incompetent, où la Sentence du Juge incompetent interrompt la Prescription.

Le trouble de Droit est, lorsqu'un homme est assigné en Justice pour se voir condamner au délaissement de la possession d'un tel héritage, pour voir déclarer l'héritage affecté & hypothéqué à une telle dette pour payer une certaine somme en vertu d'un tel Titre, & cette Assignation ainsi donnée intetrompt la Prescription ; mais pour que cette interruption tienne, il faut que l'Assignation soit poursuivie, car si on la laisse périr par peremption, qui est une espèce de Prescription eu égard aux Procès, la Prescription, dont il s'agit, se continue, comme s'il n'y avoit

pas eu d'Assignation, & sans en distraire même les trois ans que l'Assignation dure. C'est la disposition de l'Art. 15. de l'Edit de Rouffillon & de l'Art. 91. de l'Ordonnance de 1669. & c'est aussi l'usage constant.

La Prescription court-elle contre toute sortes de personnes, Justinien a fait un Reglement là-dessus en la Loi *Sicut Cod. de Præscript. triginta vel quadraginta annorum*, qui reçoit des modifications par notre usage, cet Empereur après avoir parlé de la Prescription dans la Loi citée, ajoute ces mots : *Non sexûs fragilitate, non militiâ, non absentiâ contra hanc Legem defendere; sed pupillari ætate; dumtaxat quamvis sub Tutoris defensione, consistat huic eximenda sanctioni, nam cum ad eos annos pervenerit, qui ad sollicitudinem pertinent Curatori necessario ei similiter, ut aliis triginta annorum intervalla servanda sunt.*

Justinien arrête donc le cours de la Prescription en faveur du seul Pupille, elle court contre tous les autres, contre les Femmes, les Absens, les Soldats & les Mineurs; mais ces derniers, je veux dire, les Mineurs sont restitués en entier

pour le temps, qui a couru pendant leur minorité jusqu'à la trente-cinquième année de leur âge, c'est la Jurisprudence de ce Parlement, Ferriere sur la Quest. 31. de Guy Pape, Mr. de Catellan, liv. 7. chap. 13. Bretonnier sur Henrys, tom. 2. liv. 4. quest. 21. la Jurisprudence est la même au Parlement de Bordeaux.

Les imbecilles & les furieux, quoiqu'ils ne soient pas compris dans l'exception de la Loi *Sicut*, ont le même privilege que les pupilles; c'est-à-dire, que la prescription ne court pas contre eux. M. de Catellan & Bretonnier *ubi supra*; mais elle court contre les prodigues qu'ils ayent Curateur ou non; elle court encore contre l'absent & l'ignorant contre l'avis de *Mathæus de afflictis*. M. de Catellan au lieu cité en rapporte un Arrêt de ce Parlement, & fait à ce sujet une observation judicieuse; sçavoir, que generalement la prescription court contre toute sorte de personne, & qu'il n'y a d'exceptés que ceux qui n'ont pas l'action en main, ou qui l'ayant ne sont pas capables de l'exercer; mais que cette incapacité sentant de l'incapacité d'état & des personnes, & non d'une incapacité étran-

gère & accidentelle, telles que sont l'absence & l'ignorance.

La prescription ne court pas contre le substitué en certains cas, par la maxime *contra non valentim agere non currit prescriptio*, elle court en d'autres aussi; c'est ce qu'il faut développer en distinguant entre les dettes & les fonds.

Il est constant que les débiteurs héréditaires acquièrent leur libération par la prescription pendant la vie de l'héritier grevé, & contre le substitué avant l'avancement du cas ou de la condition du fideicommiss; cette décision est fondée sur la Loi 70. *Si hæres §. si temporalis*, ff. *ad Senatufc. Trebell.* Il est vrai que cette Loi ne parle que d'une action temporelle; mais elle est également entendue par une commune interprétation d'une action perpétuelle; c'est à-dire, qui n'est prescrite que par le laps de 30. ou de 40. ans. La raison en est sensible, & prise de cette maxime vulgaire, *prescribens solventi similis est*; or comme les débiteurs héréditaires peuvent valablement payer à l'héritier grevé ce qu'ils doivent au défunt, il s'enluit qu'ils peuvent prescrire contre lui au préjudice du Substi-

tué, d'Olive en les Questions notables, liv. 4. ch. 17. M. de Catellan, liv. 7. ch. 4.

La même prescription a-t-elle lieu en faveur des possesseurs d'un fonds héréditaire, ou à l'égard d'une action héréditaire qui tendent à revendiquer des immeubles ; comme par exemple, si c'étoit pour racheter un fonds aliéné sous faculté de rachat.

On apprend dans M. de Catellan au lieu cité, qu'il s'est fait beaucoup de distinctions à ce sujet pour lui. Il paroît un milieu qui paroît raisonnable, & que l'on croit conforme à l'usage, du moins tel qu'il étoit avant la Déclaration de 1712. Si la prescription du fonds ou de l'action immobilière, a commencé, dit-il, contre le Testateur qui a substitué, elle se continuë & s'acheve contre l'heritier même avant l'évenement de la condition où l'écheance du jour qui donne lieu à l'ouverture du Fideicommiss, tout cela est appuyé par des raisons très-plausibles.

Me. Vedel a observé judicieusement sur cet endroit, que depuis la Déclaration du 18. Janvier 1712. les Questions qui regardent la prescription des fonds

ou actions immobilières, sont devenues presque oiseuses ; car si la Substitution se trouve insinuée, elle est par-là notoire, & le Substitué n'a pas besoin d'user d'aucune dénonciation au possesseur ou Acquéreur du fonds, pour conserver ses droits sur les biens Fideicommissaires ; si au contraire elle n'a point été insinuée, l'Acquéreur n'a rien à craindre de la part du Substitué, quelque dénonciation qu'il eût fait, parce que l'insinuation est la seule voye legale pour rendre une substitution notoire, Ricard, traité des Donations, Tome 1. Part. 1. ch. 4. Sect. 3. & la seule ressource qu'il reste au Substitué, est la voye du recours contre l'heritier de l'heritier grevé, à raison de l'alienation du fonds substitué, *Leg. finali*, §. *Sin autem*, *Cod. communia de Legatis*.

Il a aussi ce recours lorsque l'heritier grevé par sa negligence, a laissé prescrire une dette active de l'heredité, *Leg. mulier 22. §. Sed enim*, *ff. ad Trebell.*

La prescription ne court pas contre la femme *constante matrimonio*, à raison de ses biens dotaux, il faut distinguer néanmoins entre les fonds ou immeubles & les dettes.

La prescription d'une somme due à la femme court en faveur de son débiteur, quoique la femme ait constitué à son mari tous & chacuns ses biens, & que la prescription n'ait pas commencé avant le mariage; mais la prescription d'un fonds dotal ne court pas contre la femme pendant le mariage, sinon qu'elle ait commencé auparavant, *Leg. 16. si fundum, ff. de fundo dotal.*

La raison de la différence est prise, de ce que la Loi *Julia* défendant toute aliénation du fonds dotal en défaut par conséquent la prescription; ainsi comme la femme pourroit vendiquer le fonds dotal nonobstant la vente que son mari en auroit fait, & le long-temps qui se seroit écoulé pendant le mariage; elle doit aussi pouvoir vendiquer le fonds dotal que son mari a laissé posséder pendant trente ans à un tiers; mais la Loi *Julia* ne défendant l'aliénation d'une dette, rien n'empêche que la prescription ne coure en faveur du débiteur, & l'on ne peut opposer la règle qui dit, que la prescription ne court pas contre celui qui ne peut agir, & que la femme ne pouvant pas agir pendant le mariage contre

son débiteur, il semble qu'il ne peut pas lui opposer de prescription, d'autant qu'à l'égard du débiteur il suffit qu'il y ait une personne qui puisse agir à qui la somme appartient pendant le mariage tel qu'est le mari, qui d'ailleurs pouvant retirer paiement de la dette & libérer le débiteur, doit nécessairement donner lieu au cours de la prescription, d'autant que *præscribens solventi similis est*, & que le laps de trente ans fait présumer que le paiement a été fait au mari.

Mais on demande si cette prescription de trente ans court utilement contre la femme en faveur de son débiteur & du possesseur de son fonds dotal lorsque le mari est insolvable, & si dans ce cas d'insolvabilité du mari il ne faut pas donner un recours contre ce débiteur ou contre ce possesseur du fonds dotal nonobstant la prescription de trente ans.

A l'égard du possesseur du fonds dotal, Cambolas liv. 4. chap. 27. donne le recours à la femme dont le mari est insolvable, contre celui qui a prescrit le fonds dotal qu'il avoit commencé de prescrire avant le mariage, Duperier est du même avis au liv. 3. de ses questions chap. 5.

M. de Catellan liv. 4. chap. 45. est d'avis contraire, il se fonde sur le propre texte de la Loi *ſi fundum ff. de fundo dotali*, M. Vedel qui a ſouſcrit ajoute d'autres raiſons, & cette opinion m'a toujours paru la plus reguliere.

A l'égard des dettes, il ſemble que le laps de trente ans faiſant préſumer le payement fait au mari perſonne legitime pour le recevoir, la femme dans le cas de l'inſolvabilité de ſon mari, n'a pû avoir de recours contre celui qui eſt préſumé avoir valablement payé : néanmoins Duperier au lieu déjà cité décide que, dans ce cas la femme pourra agir contre ſon debiteur, & l'on tache de confirmer cette erreur par une autre; ſçavoir, que ſelon l'avis de Paul de Caſtre ſur la Loi 70. §. ² *der. ff. ad Trebell.* & de Dolive liv. 4. chap. 17. aux nottes, le ſubſtitué peut en cas d'inſolvabilité de l'héritier grevé avoir ſon recours contre les debiteurs héritaires, nonobſtant la preſcription de trente ans accomplis en leur faveur contre l'héritier.

La premiere de ces erreurs a été condamnée par un Arrêt exprès que M. de Catellan rapporte au liv. 4. chap. 45. & l'on ne doute pas que l'autre ne le fût

également si le cas s'offroit ; car dès qu'il est une fois décidé qu'on peut prescrire valablement, on ne conçoit pas qu'une action légitimement éteinte puisse être restituée, c'est un principe *actio semel extincta non reviviscit*.

Les biens adventifs des fils de famille ne sont pas sujets à la prescription ; car il est décidé dans la Loi 1. *cod. de bonis maternis*, & dans la Loi 1. *cod. de annali prescript.* que la prescription ne court pas contre le fils de famille sous la puissance de son pere pour les biens appartenant au fils dont le pere a l'usufruit ; il s'est fait à ce sujet bien de distinctions pour restreindre la décision des Loix citées ; mais M. de Catellan nous apprend au liv. 7. de ses Arrêts chap. 15. quelles ont été prescrites au Parlement de Toulouse, & que les Arrêts ont généralement décidé que la prescription même des sommes dûes aux fils de famille ne court pas contre lui, soit qu'elle ait commencé contre celui à qui ce fils a succédé, soit qu'elle ait commencé sur-la tête du pere administrateur & usufruitier, le respect que le fils doit avoir pour la personne de son pere, la confiance qu'il a en son ad-

ministration, l'empêchent de veiller sur sa conduite, & de penser à agir pour la conservation de ce qui lui appartient, lorsqu'il se voit entre les mains & sous la direction de son pere.

Il est cependant remarquable que suivant le même Auteur, lorsque la prescription d'un fonds a couru contre une femme avant son mariage : si cette femme se constitue ensuite tous ses biens, la prescription de ce fonds se continue non-seulement contre la femme, mais aussi après sa mort contre ses enfans qui sont en la puissance de leur pere, lequel a la jouissance des biens dotaux pendant sa vie ; cela paroît contradictoire, & c'est en effet à une partie de la décision générale qui vient d'être rapportée, & c'est un dégoût auquel on est souvent exposé dans la lecture des livres.

Sans entrer dans un plus grand détail des personnes contre qui la prescription ne procède pas ; je finis en vous observant que la regle générale en cette matiere est, qu'on ne peut prescrire contre ceux qui n'ont pas l'exercice de leurs actions, ou qui ayant cet exercice ne peuvent pas encore les intenter ; ainsi

lorsque l'obligation est pure, la prescription commence du jour que le payement en doit être fait, ou bien si le débiteur en a durant quelques années payé les intérêts, elle a commencé à courir dès qu'il a cessé de les payer, *leg. si quis emptiois* 8. §. 4. *cod. de præscript. 30. vel 40. annorum* & non plutôt; & pour empêcher que le débiteur qui a payé les intérêts ne supprime les quittances qui lui en ont été faites, pour excepter par ce moyen de la prescription, le créancier en lui fournissant lesdites quittances en doit retirer des copies souscrites par le débiteur, ce que nous appellons extraits par ampliation, ou bien une déclaration du débiteur portant qu'il a payé les intérêts pour telle année, *leg. 19. cod. de fide instrumentorum*.

Mais si l'obligation est sous condition, ou à jour certain ou incertain, la prescription ne commence à courir que du jour de l'événement de la condition ou de l'échéance du jour certain ou incertain, *leg. cum notissimi* 7. §. *illud autem* 4. *cod. de præscript. 30. vel 40. ann.* soit que la chose soit due par Contrat ou par Acte de dernière volonté, *Glosa in dicto s. il-*

Iud in verbo contractibus, & dicta leg. 7. §. ult. & de-là vient que la prescription de la dot ou de l'augment ne commence à courir contre la femme que du jour de la dissolution du mariage suivant la Loi citée au §. 4.

Que s'il s'agit d'une dette établie par Contrat ou par Acte de dernière volonté payable d'an en an, ou de mois en mois, ou de jour en jour, ou quelque autre temps semblable, la prescription de telle dette ne commence pas à courir *ab exordio talis obligationis sed ab initio cujusque anni vel mensis, vel alterius singularis temporis, leg. 7. §. ult. cod. de prescript 30. vel 40. ann. Ferr. sur la quest. 406. de Guypape*; il ne faut pas confondre ce cas avec celui des rentes perpétuelles sur lequel nous nous sommes ci-devant expliqués.

Le Titre du *Cod. de Præscriptionibus triginta vel quadraginta annorum*: d'où émanent par l'esprit ou par la lettre la plupart des décisions, que nous venons de compiler, parle des Prescriptions de trente ou de quarante ans, & cette Prescription de quarante ans, dont il s'agit ici, n'est pas celle qui est reçue contre l'Eglise;

c'est la Prescription de l'action hypothécaire qui, lorsqu'elle est jointe à la personnelle, comme il arrive contre les débiteurs eux-mêmes ou leurs héritiers, ne pouvoit s'éteindre que par le laps de quarante ans suivant la Loi 7. au Pragraphe premier du Titre cité.

Mais cette Loi en la disposition, dont il s'agit, n'est pas observée au Parlement de Toulouse, où il est au contraire de Jurisprudence constante que l'action hypothécaire bien que jointe à la personnelle, est sujette à la prescription de trente ans, parce qu'il a paru étrange que l'action principale, qui est la personnelle, étant éteinte, l'hypothécaire, qui n'est qu'accessoire, ne peut être conservée, Maynard, liv. 5. quest. 31. Lestang en ses Arrêts, Arrêt 9. Laroche, liv. 6. tit. 72. art. 2. & *ibi* Graverol, Cambolas, liv. 3. chap. 38. la Jurisprudence est la même à Bordeaux, Boërius dans ses décisions, quest. 328. n. 4. Automne sur la Loi *Cùm notissimi*, & Bechet sur l'Usage de Xaintes, art. 64. ce sont néanmoins des Parlemens du Droit Ecrit, & celui de Paris au contraire, dont la plus grande partie du Ressort est regie par les Coutumes, ob-

serve ponctuellement la Loi citée, *Vide* Henrys & Bretonnier, tom. 1. liv. 4. ch. 6. quest. 75.

Nous ne connoissons donc en Pais de Droit Ecrit, pour ce qu'on appelle longue Prescription, que celle de trente ans, sauf à l'égard des biens d'Eglise, & cette Prescription de trente ans est nécessaire, non-seulement à l'égard des immeubles, mais même à l'égard des meubles, en quoi nous nous sommes encore éloignés de la disposition du Droit, qui admettoit la Prescription de deux ans pour les immeubles, Imbert en ses Institutions Forenses, liv. 1. chap. 35. Boërius Décis. 182. Ranchin *Ad caput Reinut.* in verbo *Quod obstabat annalis exceptio* N. 22. Bugnon en ses Loix abrogées, liv. 1. ch. 184. La Prescription de trente ans a été regardée en général, comme si nécessaire dans la société civile, que toutes conventions de ne pouvoir prescrire, du moins par ce temps, sont nulles & réprochées suivant la Glose sur l'Authentique *Quas actiones Cod. de Sacrosanctis Ecclesiæ*, & suivant l'opinion de Barthole sur la Loi *Nemo ff. de Legatis* 1. Rebuffe sur les Ordonnances, Tit. de *Recisione*

Contractuum, art. 10. glos. 1. rapporte un Arrêt, qui l'a jugé ainsi, Ferriere dans son Commentaire sur la Coutume de Paris au Tit. des Prescriptions, dans son Discours préliminaire, §. 1. n. 10. *in fine*.

Il est aisé de juger sur tout ce que nous avons dit jusqu'ici, que la Prescription la plus ordinaire & du plus frequent usage dans la société civile, est celle de trente ans; mais il y en a un nombre infini d'autres, dont il seroit trop long de faire ici l'énumération exacte, Ferriere a pris ce soin dans son grand Commentaire sur la Coutume de Paris au Tit. des Prescriptions §. 2. de son Discours préliminaire, & nous n'en rapporterons ici que les plus essentielles.

Les premières, qui s'offrent selon ce plan, sont celles de six mois & d'un an que Louis XII. avoit introduit par son Ordonnance de 1510. art. 67. & 68. contre les Domestiques, Marchands, Artisans, sous certaine distinction entre eux, qui donnoient lieu à ces différentes Prescriptions de six mois ou d'un an.

Cette Ordonnance avoit demeuré sans execution dans le Ressort du Parlement

de Toulouse, & l'on si regloit toujours par la Prescription de trente ans, ainsi que nous l'a prenons dans M. Maynard, liv. 6. chap. 87. & dans M. de Catellan, liv. 7. chap. 25.

Le feu Roi renouvela à peu de chose près les dispositions de l'Ordonnance de Louïs XII. dans son Ordonnance de 1673. appelée vulgairement le Code Marchand, c'est au tit. 1. art. 7. 8. 9. & 10. il faut les transcrire ici, parce qu'à present c'est un Droit observé.

Article 7. Les Marchands en gros & en détail, & les Maçons, Charpentiers, Couvreur, Serruriers, Vitriers, Plombiers, Paveurs & autres de pareille qualité, seront tenus de demander payement dans l'an après la délivrance.

Article 8. L'action sera intentée dans six mois pour marchandises & denrées vendues en détail par Boulangers, Bouchers, Rotisseurs, Cuisiniers, Corduriers, Passementiers, Selliers, Bourliers, & autres semblables.

Pourquoi cette diversité dans les termes de Prescription portés par ces deux Articles. Il est mal aisé d'en rendre une raison satisfaisante. On suppose communément

qu'à l'égard des Marchands leur demande est plus favorable, parce que se sont des gens plus qualifiées, & par là moins suspects que les Artisans, & qu'à l'égard des Artisans, dont il est parlé dans le premier des deux Articles transcrits, leur demande se rapporte plus que celle des autres aux loyers & salaires des Serviteurs & Domestiques, auxquels l'Ordonnance de Louis XII. accorde un an, que ce qui leur est dû a été employé plus utilement, & que *Nil dant, sed tantum opus faciunt*, vide Bornier sur ces deux Articles.

Article 9. Voulons le contenu ès deux articles ci-dessus avoir lieu, encore qu'il y eut eu continuation de fourniture ou d'ouvrage, si ce n'est qu'avant l'année ou les six mois il y eut un compte arrêté, sommation ou interpellation judiciaire, cedula, obligation ou contrat.

Article 10. Pourront néanmoins les Marchands & Ouvriers déférer le serment à ceux auxquels la fourniture aura été faite les assigner & les faire interroger, & à l'égard des veuves, tuteurs de leurs enfans héritiers ou ayant cause, leur faire déclarer s'ils sçavent que la chose est due, encore que l'an ou les six mois soient expirés.

Cette Ordonnance de Louis XIV. quoiqu'en dise le Sr. Vedel sur Mr. de Castellan, liv. 4. chap. 26. avoit été aussi peu observée que celle de Louis XII. du moins en ce Parlement jusqu'au 11. Septembre 1733. qu'il en ordonna l'exécution pour l'avenir par un Arrêt de Règlement.

Ce même Arrêt ordonna qu'en conformité de l'article 3. du titre 3. de l'Ordonnance du Commerce, les Livres des Négocians & Marchands, tant en gros qu'en détail seront signés par un des Consuls dans les Villes où il y a Jurisdiction consulaire, & dans les autres par le Maire ou un des Consuls sans frais ni droits, & les feuillets paraphés & cottés par premier & derniers de la main de ceux qui auront été commis par les Juges-Consuls ou par les Maires & Consuls, il semble qu'on se relâche déjà sur l'exécution de cette dernière disposition.

La prescription de dix ans a lieu dans beaucoup de cas, & voici les deux les plus essentiels.

Le premier est celui de restitution entier; car après ce temps on n'y est plus recevable, suivant les Ordonnances de

Louis XII. en 1510. artic. 58. & de François I. en 1539. article 134. à compter du jour de la passation des actes par lesquels on prétend avoir été lezé à l'égard des majeurs, & du jour de majorité à l'égard des mineurs.

Il ne suffit pas que les Lettres à fin de restitution soient obtenues dans les 10. ans ; mais il faut encore qu'elles soient signifiées dans le même temps, sans quoi l'impétrant en seroit débouté par fins de non recevoir. Mornac sur la Loi 2. *Cod. de diversis rescriptis*. Graverol sur Laroche *in verbo* rescision des contrats, liv. 3. Mr. de Catellan, liv. 7. chap. 16.

On ne connoît dans ce Parlement qu'une exception à ce qui vient d'être dit, concernant la prescription par dix ans des actions rescisoires ou restitution en entier, c'est lorsqu'il s'agit de transaction passée par l'adulte avec le tuteur sur le fait de la tutelle *non visis neque dispunctis rationibus* ; car dans ce cas la rescision en peut être demandée jusqu'à trente ans ; la faveur des pupilles, la condition des tuteurs qui sont considérés comme depositaires des biens des impuberes, & l'évidente nullité de l'acte ont donné lieu à

cette exception. Maynard, liv. 2. chap. 99. Dolive, liv. 4. chap. 16.

On a tort d'introduire un autre exception en cette matiere : voici sur quel fondement il y a des Auteurs qui décident qu'il faut donner le délai de trente ans dont je viens de parler pour attaquer les aliénations faites par les tuteurs sans formalité, les distinguant pour ce regard d'avec celles que les mineurs ont consenti eux-mêmes ; il y a même quelques Arrêts de ce Parlement qui l'ont ainsi jugé.

Mais cette doctrine comme contraire aux véritables règles, a été condamnée par un Arrêt rendu à la troisième Chambre des Enquêtes le 11. Juillet 1730. au Rapport de Mr. l'Abbé de Mariotte en grande connoissance de la cause en faveur de la Demoiselle Laplau, veuve de Raymond Bagou pour qui j'avois écrit, contre le nommé Brunet ; les Parties sont de Saint Cerés dans la Vicomté de Turenne.

Le second cas dans lequel la prescription de dix ans a lieu, est lorsqu'il s'agit de l'action hipotéculaire contre un tiers ; car suivant la disposition des Loix 1. & 2. *Cod. si adversus creditorem præscriptio*, qui

sont observées dans ce Ressort, tout acquéreur à titre singulier prescrit par la possession de dix ans entre présens, & de vingt entre absens accompagnée de bonne foi (bien qu'elle ne soit pas requise dans les prescriptions de trente ans) les actions hypothécaires des créanciers pour être présumées en bonne foi dans les païs de Droit Ecrit, il suffit de l'avoir eue dans la tradition de la chose, *Leg. 10. § Leg. 48. ff. de usucapionibus & usurpationibus* : la mauvaise foi qui survient après ne fait point obstacle à la prescription, Mr. de Catellan, liv. 7. chapitre 21.

Qui plus est, suivant le témoignage du même Auteur au lieu cité, la connoissance que peut avoir l'acquéreur, même dès le commencement que la chose qu'il acquiert est hypothéquée à autrui, n'empêche pas cette bonne foi, & n'arrête pas le cours de la prescription ; ainsi le vendeur recevant dans le contrat de vente l'entier prix, & ayant déclaré devoir une certaine somme à un créancier y nommé, & promis à l'acheteur de payer ce créancier & de l'en garantir. Il fut jugé que la connoissance que l'acheteur avoit eu par là

là de cette dette n'empêchoit pas que la prescription ne lui fut acquise par la jouissance de dix ans.

C'est de la part du créancier que peut venir cette notification ; on peut sçavoir que le vendeur doit quelque somme, & acquérir de lui de bonne foi, parce qu'on voit par les effets qu'il a de quoi payer, & qu'on peut présumer qu'il payera d'ailleurs la dénonce du créancier même, est donc nécessaire ; cette dénonce détermine l'hypothèque generale qu'il a sur tous les biens du vendeur, & fait connoître le dessein qu'il a de l'exercer sur le fonds vendu.

La dénonce faite par le créancier avant l'acquisition, empêche donc la bonne foi & la prescription de 10. ans, mais si le Contrat est déjà passé, le créancier pour interrompre la prescription, doit faire déclarer l'hypothèque ou la Sentence ou Arrêt qui déclare l'hypothèque, proroge l'action pendant 30. ans, à compter de cette Sentence ou Arrêt, *vide* Catellan *ubi supra*, le Journal du Palais, Tome 1. page 625. & Bacquet traité des Droits de Justice, ch. 21.

Nous avons dit en parlant de la pres-

cription de l'action hypothécaire, que pour qu'elle eût lieu, il falloit que la chose hypothéquée eût passé du débiteur entre les mains d'un tiers à titre particulier; mais doit-elle y avoir passé à titre onereux, ou bien le titre lucratif peut-il suffire; par exemple, les Donataires & les Legataires prescrivent-ils l'action hypothécaire comme les acheteurs.

M. de Catellan liv. 7. ch. 2. rapporte des Arrêts qui ont jugé qu'un fils à qui le pere avoit donné certain bien, ne pouvoit par rapport aux créanciers antérieurs, & à l'effet de prescrire leur hypothèque, être regardé comme tiers-possesseurs; mais il en rapporte aussi des contraires & des plus recens: ceux-ci plus conformes sans difficulté à la disposition du Droit, ne distinguent point les Acquéreurs à titre lucratif de ceux qui ont acquis à titre onereux, & qui exceptent seulement les Acquéreurs qui n'ont pas joui & possédé, soit qu'il y eût retention d'usufruit ou autrement, *præter quam*, dit la Loi 1. *Cod. si adversus creditorem prescriptio opponatur obligatæ rei possessioni incumbunt.*

Quand nous disons que le Donataire

après 10. ans peut opposer la prescription de l'action hipotéculaire, c'est en supposant que la donation est d'une certaine chose, d'un certain fonds, *rei certæ*; car autrement si la donation étoit de la totalité des biens, ou même d'une cote, comme la moitié, le tiers, le quart du total, comme le Donataire dans ces derniers cas pouvoit être convenu personnellement *tamquam hæres vel cohæres*. Il y a lieu de résoudre aussi que la prescription de l'hipotéque ne sçauroit être opposée de sa part,

M. de Catellan, liv. 5. ch. 29. trouve que cette action personnelle contre le Donataire de la totalité ou d'une cote des biens, est contre les principes du Droit, & je crois qu'il a raison; mais on le juge pourtant ainsi, & on allegue entre autres un Arrêt du mois de Septembre 1726. rendu à la troisième Chambre des Enquêtes au Rapport de M. de Pegayrolles, en faveur de M. Carrere Avocat, contre le Donataire du quart, ou de la moitié des biens de son débiteur.

Nous avons dit que la prescription de l'action hipotéculaire s'accomplit par 10. ans entre presens, & par 20. ans entre

absens. Il faut expliquer la valeur de ces termes.

Suivant la Loi dernière, *Cod. de prescript. longi temporis*, on entend par presens ceux qui demeurent dans la même Province, & par absens ceux qui résident dans des Provinces différentes, sans avoir égard à la situation des choses dont est question; car il n'importe qu'elles soient situées en même Province, ou en Province différente; *quid enim prodest incipia Provincia esse possessionem aut in alia cum jus vindicationis incorporale est & ubicumque repositæ sint & dominium earum & vinculum ad Dominum possit reverti.*

Comme la France n'a pas l'étendue de l'Empire Romain, on n'a pas réglé la présence ou l'absence par Province; mais par balliage ou Sénéchaussée, Charondas en ses Observations sous le mot d'absens, DeLomeau en ses maximes, liv. 3. maxime 247. Loysel dans ses Instit. cout. liv. 5. tit. 3. art. 7. Ferriere sur l'art. 113. de la Coutume de Paris. C'est la bonne doctrine, bien qu'Albert *in verbo prescriptio*, art. 4. rapporte un Arrêt de ce Parlement, qui jugea que malgré la rési-

dence en différentes Sénéchauffées, la prescription s'accomplissoit par 10. ans, & qu'on oppose encore à ce sujet l'art. 14. du tit. de l'exécution des Jugemens de l'Ordonnance de 1667.

Que si le créancier ou le possesseur du fonds, l'un des deux a été partie absent, partie présent, en ce cas il faut ajouter aux 10. années qui sont de droit, autant d'années qu'il a été absent. Le texte de la Nouvelle 119. dont on a extrait l'Authentique *si quibusdam*, Cod. de *prescript. longi temporis*, est très-exprès là-dessus, *quod si quibusdam annis præsens sit, quibusdam absens adjiciuntur ei super decennium tot anni quod annis ex decennio fuit absens*, vide le premier Tome du Journal du Palais, page 127.

Il est remarquable que bien que la prescription de 30. ans coure contre le mineur *sub spe restitutionis*, ainsi que je l'ai dit ci-devant, il n'en est pas de même de la prescription de l'hypotéque par 10. ans en faveur du tiers-possesseur; cette sorte de prescription ne court pas contre le mineur, & le mineur n'a pas besoin d'en être relevé; la décision en est expresse dans la Loi dernière au Code *in*

quibus causis restitutio in integrum non est necessaria, & on le juge constamment ; ainsi M. de Catellan, liv. 7. ch. 20.

Pour éteindre l'hypothèque par la prescription de 10. ans, il faut être véritablement Acquereur à titre translatif de propriété, ainsi l'Engagiste qui ne l'est pas, ne prescrit pas l'hypothèque, il n'acquiert pas même sur le gage la préférence ou Priorité d'hypothèque contre le créancier antérieur, eut-il la possession de 30. ans, M. de Catellan, liv. 7. ch. 23. Brodeau, lettre H. n. 9. soutient une doctrine toute contraire, aussi bien que Ferriere sur la Coutume de Paris, titre des Prescriptions, & il faut même convenir que la doctrine qu'ils attestent, paroît plus conforme à la disposition des Loix qui sont sous le titre du Code de *prescript. 30. vel 40. ann. vide* Peresius sur ce titre du Code.

Il y a une prescription de 20. ans, par laquelle tous les crimes s'éteignent, suivant la Loi *Quærela, Cod ad Leg. Cornelianam de falsis*. Ils s'éteignent non-seulement quant à la peine ; mais quant à ses autres suites, dommages & intérêts, dépens, &c. En un mot toute la dette est présumée payée, on a cru que 20. ans

de crainte, qui ramenant sans cesse à l'esprit agité des remords, les horreurs d'une mort méritée, joignent à cette mort une imagination blessée, souffrant à tout moment l'inquiétude de la crainte, & la longueur du supplice punissoient assés le prévenu.

Cette décision a lieu, non seulement pour les crimes publics, & dont on a poursuivi la punition, mais encore pour ceux qui ont été in-poursuivi, même pour ceux qui ont demeuré secrets & inconnus, la même raison s'y retrouve, les agitations, les terreurs, les remords.

Mais cette prescription est alongée, lorsqu'il y a eu Sentence de condamnation par défaut, & que cette Sentence a été exécutée figurativement ou par effigie; car en ce cas on n'acquiert la prescription que par 30. ans, qui est le terme ordinaire de l'action du Juge.

Il est remarquable à ce sujet, qu'on dresse un Verbal de l'exécution figurative, & que ce Procès verbal doit être mis au pied du Jugement, Sentence ou Arrêt de condamnation, signé du Greffier seulement, suivant l'art. 17. du tit. des défauts & contumaces de l'Ordonnance

de 1670. & que la preuve de l'exécution figurative ne peut être faite que par ce Verbal seulement, on n'admet point d'équipollant en cette matière.

Enfin il faut observer qu'il y a deux crimes à l'égard desquels nulle prescription n'est reçüe; c'est celui de leze-Majesté au premier chef, & celui du duél. Il y a décision expresse à l'égard de ce dernier dans la Déclaration du mois d'Août 1679. art. 35. *vide* sur toute cette matière, Mornac *ad Leg.* 40. ff. *ex quibus causis majores*, Louët & Brodeau, lettre C. Somm. 47. Leprêtre Cent. 1. ch. 84. des Maisons, lettre P. n. 11. Lapeyriere *in verbo prescript.* n. 67. M. de Catellan, liv. 7. ch. 1. & dans les obmissions placées à la fin de son Livre.

Droit Coûtumier.

C'est celui de la Coûtume de Paris, tit. 6. des Prescriptions que je vai vous expliquer brièvement, il est conforme au Droit des Institutes & à la disposition des Loix, qui sont sous le titre du Code *de prescript. longi temporis*; c'est-à-dire, qu'on s'y regle dans tous les cas par la prescription de 10. ou de 20. ans, s'il y a

d'ailleurs les conditions requises par cette sorte de prescription.

Le premier article du titre des Prescriptions, est le 113. eu égard à la Coutume entiere: il est ainsi conçu.

Si aucun a jöüi & possédé heritage ou rente à juste titre & de bonne foi, tant par lui que par ses prédecesseurs dont il a droit & cause, franchement & sans inquiétation par 10. ans, entre presens & 20. ans entre absens agés & non privilégiés, il acquiert prescription dudit heritage ou rente, ce qui comprend suivant les Commentateurs, tant la rente constituée que la fonciere.

Cette disposition n'a pas besoin de Commentaire, sauf peut-être à l'égard de ces mots, *Agés U non privilégiés*, que j'ai pourtant expliqués ailleurs. Les agés & non privilégiés sont les majeurs de vingt-cinq ans accomplis, qui d'ailleurs n'ont point de privilege qui empêche la prescription de courir contre eux, ce qui nous apprend que dans la Coutume de Paris la prescription est suspendue sur la tête des mineurs comme sur la tête des pupilles; au lieu que parmi nous elle court contre les premiers, sous l'espé-

rance de restitution jusqu'à leur trente-cinquième année.

Art. 114. Quand aucun a possédé & joui par lui & par ses prédecesseurs desquels il a droit & cause d'héritage ou rente à juste titre & bonne foi par dix ans entre parens, & vingt ans entre absents âgés & non privilégiés, franchement & paisiblement, sans inquiétation d'aucune rente ou hypothèque, tel possesseur dudit héritage ou rente, a acquis possession contre toute rente ou hypothèque prétendue sur ledit héritage ou rente.

C'est la prescription de l'action hypothécaire, & la décision de la Coutume est à cet égard conforme à celle du Droit & à la Jurisprudence du pays du Droit Ecrit, sauf qu'en entendant ce qui est dit des rentes dans cet article, tant des rentes foncières que des constituées, comme le font les Commentateurs, notre usage est eu égard aux rentes foncières tout différent; car loin de pouvoir être prescrites par dix ans, elles sont au contraire imprescriptibles à moins qu'il y ait intervention de possession, ainsi que nous l'avons observé ci-devant, ce qui s'entend à l'égard des tenanciers eux-mêmes; & à l'é-

gard des tiers-possesseurs, il faudroit trente ans.

Art. 115. Et a lieu ladite prescription supposé (il faudroit dire bien que) ladite rente soit payée par celui qui l'a constituée, ou autre au-dessus du tiers detempteur, toutes fois si le créancier de la rente a eu juste cause d'ignorer l'aliénation, parce que le debiteur de ladite rente seroit toujours en possession de l'héritage par le moyen de la location, retention d'usufruit, constitution de précaire ou autre semblable pendant ledit temps, la prescription n'a cours.

La disposition de cet article est conforme à celle du Droit & à notre usage, tel que nous l'avons ci-devant expliqué.

Art. 116. Sont réputés présens ceux qui sont demeurans en la Ville, Prévôté & Vicomté de Paris; & pour rendre cette disposition semblable à celle du Droit que nous observons, comme je l'ai dit plus haut, les Commentateurs y ajoutent ces mots, & absents quand l'un d'eux n'y demeure pas.

Ferriere a fait sur cet article plusieurs observations curieuses, je n'en rapporterai que celle-ci; le banni, dit-il, doit

être considéré comme absent, eu égard à la prescription ; il refout que non, par une raison judiciaire ; c'est que la condamnation pour crime ne doit pas lui être avantageuse, *argumento legis Papi-nianus ff. de minoribus, leg. 34. §. 1. ff. de reg. juris.*

Art. 117. En matiere de douaire la prescription commence à courir du jour du decès seulement entre âgés & non privilégiés.

C'est par l'effet de cette regle vulgaire tirée de la Loi 30. §. *omnis cod. de jure dot.* & de la Loi 1. §. *fin. cod. de annuis except. contra non valentem agere non currit præscriptio.*

Au surplus, le douaire dans les pays Coutumiers répond à ce que nous appellons augment dans les pays de Droit Ecrit.

Art. 118. Si aucun a joui, usé & possédé un héritage, rente ou autre chose prescriptible par l'espace de trente ans continuellement, tant par lui que par ses prédecesseurs, franchement, publiquement & sans aucune inquiétation: supposé qu'il ne fasse pas apparoir de titre, il a acquis prescription entre âgés & non privilégiés.

Voilà la difference entre la prescription de dix ans & celle de trente ; il faut dans la premiere, titre & bonne foi ; & dans la seconde on peut se passer de l'un & de l'autre.

Article 119. La faculté de racheter rentes constituées à prix d'argent, ne se peut prescrire par quelque laps de temps que ce soit, ainsi sont-elles rentes rachetables à toujours encore qu'il y ait cent ans.

Cela est conforme à nos mœurs, & nous en avons parlé ci dessus.

Article 120. La faculté donnée par Contrat de racheter héritage, ou rente de bail à toujours, se prescrit par trente ans entre âgés & non privilégiés.

C'est la faculté de rachat stipulée *toties quoties*, dont nous avons parlé dans la précédente Section, & qui est prescriptible par trente ans dans le País du Droit Ecrit, comme dans les Coutumiers.

Article 121. Ce que dessus n'a lieu & rentes de bail d'héritage sur maisons assises dans la Ville & Fauxbourgs de Paris, lesquelles rentes sont à toujours rachetables, si elles ne sont les premieres après le cens en fonds de terre.

Pour entendre cet Article , qui est assez obscur , il faut distinguer trois sortes de redevances ; sçavoir , le cens à la charge duquel l'héritage a été baillé par le Seigneur féodal , lequel est non rachetable.

La seconde est la rente fonciere constituée après le cens par celui qui a pris l'héritage à cens , & cette rente est non rachetable aussi , quoiqu'elle soit assignée sur une maison assise à Paris , à moins qu'il ne soit porté par le Contrat qu'elle est rachetable , & cette rente est appelée rente fonciere ou sur cens.

La troisième est la rente de bail d'héritage , qui est aussi rente fonciere constituée après le cens & sur cens , & cette rente étant assignée sur une maison assise à Paris est rachetable , ainsi qu'il est porté expressément par cet Article : c'est , du moins , ainsi que les Commentateurs de la Coutume l'expliquent ; car en País de Droit Ecrit , nous ne connoissons pas un progrès aussi allongé des rentes foncieres.

L'objet de cet Article a été *ne Urbs ruinis diformaretur* , on a voulu encourager les Habitans des Villes à conserver , augmenter & embellir les bâtimens , en leur accordant la faculté de se liberer

des charges perpétuelles, auxquelles ils étoient assujettis, il faut pourtant convenir que la disposition de l'Article ne répond pas trop à cet objet, puisqu'il ne permet de se libérer que des trois redevances.

Le Roi Charles VII. avoit d'abord établi cette faculté de rachat, après qu'il eût chassé les Anglois de Paris, parce que cette grande Ville étoit pleine de ruines, & que les propriétaires des maisons refusoient de les rébâtir à cause des rentes non rachetables, dont elles étoient chargées, ce fut par une Ordonnance du mois de Novembre 1440.

François I. Henry III. & Charles IX. rendirent par des Ordonnances de 1539. 1553. 1574. Cette faculté de rachat que Charles VII. n'avoit établi d'abord que pour la Ville de Paris, générale & commune à toutes les Villes du Royaume, & pour toutes sortes de rentes indistinctement, qui furent déclarées rachetables au denier vingt.

Mais les Ecclésiastiques, à qui la plupart de ces rentes appartenoient, s'étant faits excepter de l'exécution des Ordonnances, ces Reglemens sages & politiques

s'en sont allés en fumée à l'égard de tous ; comme dit Maynard , liv. 4. chap. 42. du moins dans ce Pais-ci , où nous ne le voyons pas mettre en pratique depuis long-temps. Voyez sur cette matiere Maynard , au lieu cité , Cambolas , liv. 3. chap. 29. Laroche , liv. 3. tit. 6. *in verbo* Rentes , Loisel en ses Institutes Coutumieres , liv. 4. tit. 1. des Rentes , art. 10. Louiet & Brodeau , lettre R. Somm. 32. & Ferriere sur cet Article de la Coutume de Paris.

Article 122. Legs pitoyables des rentes en deniers , ou autres espèces sur une maison de la Ville de Paris & Fauxbourgs d'icelle , sont rachetables au denier vingt , sans que ledit rachat se puisse prescrire : or qu'il fut dit par le Testateur non rachetable , en faisant faire toutefois le remploi des autres héritages ou autres rentes ; c'est-à-dire , en employant le prix du rachat en acquisitions d'héritages ou de rentes pour en éviter la dissipation ; c'est à-peu-près la même matiere que celle de l'Article précédent.

Article 123. Cens portant directe seigneurie est prescriptible par Seigneurs contre Seigneurs , & se peut prescrire par trente ans entre âgés & non privilégiés ,
&

& par quarante ans contre l'Eglise s'il n'y a titre au contraire dudit Cens, ou que le détempteur ait acquis l'héritage à la charge dudit Cens.

Article 124. Le droit de Cens ne se prescrit par le détempteur de l'héritage contre le Seigneur censier, encore qu'il y ait cent ans quand il y a titre ancien ou reconnoissance faite dudit Cens; mais se peut la quotité du Cens & arrérages prescrire par trente ans entre majeurs âgés & non privilégiés.

La disposition de ces deux articles est à peu de chose près conforme à notre usage sur ces mêmes points; & vous en pourrés juger vous-mêmes en la comparant avec ce que j'ai dit ci-dessus sur ce sujet.

Article 125. Les Medecins, Chirurgiens & Apotiquaires doivent intenter leurs actions dedans un an, & après ledit an ne sont recevables.

Cela n'a pas lieu dans ce Parlement, dumoins à l'égard des Medecins, & le Sieur Malfac Medecin de Castres a obtenu des Arrêts depuis peu qui lui ont adjugé les honoraires d'un tems beaucoup plus reculé.

Les Articles 126. & 127. tombent sur les prescriptions d'un an & de six mois, eu égard aux Marchands & aux Artisans selon leurs différentes qualités ; ils sont à-peu-près les mêmes que les articles 7. & 8. du titre 1. de l'Ordonnance du Commerce, ce n'est donc pas la peine de les transcrire ici.

Article 128. & dernier de ce titre. N'ont les Taverniers & Cabaretiers aucune action pour vin ou autre chose par eux vendue en détail par assietes dans leur maison.

Cet article a eu pour objet de reprimer les débauches des mineurs & des enfans de famille, & même des autres gens débauchés & domiciliés des lieux où les Taverniers tiennent leur Cabaret ; car cela ne s'étant pas aux forins & passans qui peuvent être valablement poursuivis pour la dépense de bouche qu'ils ont fait dans les Hôtels. Qui plus est, cette Coutume de Paris en l'article 175. donne aux Hôtes le droit d'arrêter leurs chevaux, marchandises & hardes pour en être payés, même avec préférence là-dessus à tous autres Créanciers.

Il faut encore excepter de la disposition

de cet article le vin que les Bourgeois envoient chercher au Cabaret pour leurs besoins, pour raison de quoi les Hôtes ont non-seulement action contre les Bourgeois ; mais même à cet égard foi est ajoutée à leurs Livres comme à ceux des Marchands n'y ayant en ce cas aucune présomption de débauche, Ferriere l'atteste du moins ainsi sur cet article.

L'article 361. de l'Ordonnance de Blois renferme une disposition en cette matière qui a eu le même objet que notre article ci-dessus ; il défend aux Cabaretiers & Taverniers de faire aucunes acquisitions pour dettes & tailles de dépense de bouche faite en leur Taverne & Cabaret, pour pain, vin & autres denrées par eux fournies sur peine de nullité des contrats, & à tous Notaires de passer tels contrats sur peine d'amende arbitraire. Il faut donner à cet article de l'Ordonnance les mêmes modifications qu'à l'article de la Coutume,

FIN.

