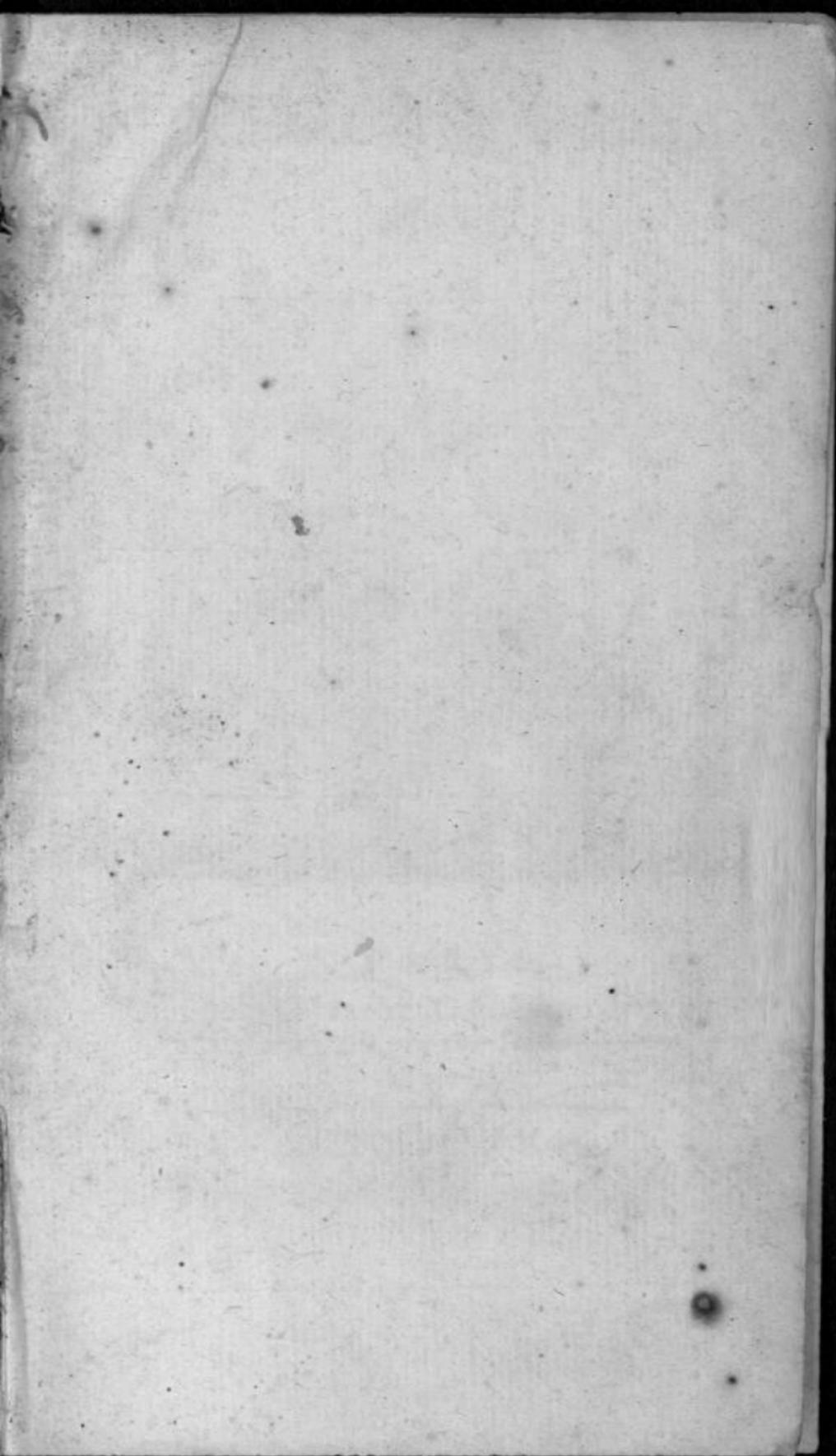


15.301

---



no 10

15.307  
INSTITUTIONS

D U

DROIT FRANÇOIS.

Par M<sup>rs</sup> Duval Avocat en Parlement.



A PARIS,

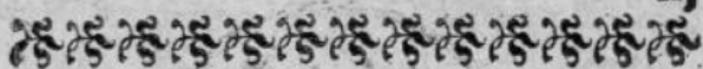
Chez JEAN-BAPTISTE COIGNARD, Imprimeur  
ordinaire du Roi, rue saint Jacques,  
à la Bible d'Or.

MCC

Avec Approbation & Imprimé par M<sup>rs</sup> J. B. Coignard.







## P R E F A C E.

**D**Ès que j'ai été honoré du titre d'Avocat, j'ai considéré que je devois, aussi-bien que tous ceux qui sont dans cette profession, étudier & rechercher avec application les premières notions & les vrais principes du Droit François. Dans ce dessein je me suis proposé d'en faire un Recueil qui fût travaillé & digéré par ordre & par suite de matières, suivant la liaison & la connexité qu'elles ont les unes avec les autres : c'est ce que Maître Charles Loyseau & nos meilleurs Auteurs ont appelé réduire la Jurisprudence Française en art : chose qu'ils ont regardée comme très-difficile, & qui est d'autant plus nécessaire, que la plûpart des re-

gles que nous suivons dans les Jugemens , & pour la decision de toute sorte d'affaires , sont répandues & disposées en tant d'endroits differens , qu'on a de la peine à les trouver & à les connoître pour en faire l'application dans les occasions.

Ce même inconvenient est arrivé dans l'Empire Romain pendant plusieurs siècles : car après la composition des Loix des douze Tables, & de l'Edit du Préteur, dont les originaux sont demeurés ensevelis dans l'oubli durant les siècles suivans, les Constitutions des Empereurs & les Ecrits des Jurisconsultes qui composent le pretieux thresor de la Jurisprudence Romaine , furent dispersés & inconnus jusques à ce que l'Empereur Theodose fit vers l'an 448. une collection de toutes les Constitutions des Empereurs qui l'avoient précédé ; qu'environ cent ans

P R E F A C E. v

après l'Empereur Justinien mit la dernière main à ce grand ouvrage, & fit paroître vers l'an 730. le Code & le Digeste, ces deux chefs-d'œuvre qui ont été le juste sujet de l'admiration de tous les siècles suivans, dans lesquels a été rassemblé avec une méthode & un choix merveilleux tout ce qu'il y avoit de plus beau dans les Ecrits immenses des anciens Jurisconsultes & dans les Constitutions des Empereurs, tant de ceux qui avoient précédé Theodose, que de ceux qui l'avoient suivi, & de Justinien lui-même. Après quoi pour ôter le dégoût & les difficultés qui auroient pû rebuter ceux qui voudroient entreprendre la lecture & l'étude de ces Livres, il fit composer les Institutions, dans lesquelles sont en substance, & d'une manière courte & facile, les premiers élémens & les principes fondamentaux de la science du

vj P R E F A C E.

Droit, par la connoissance desquels on peut penetrer les questions les plus arduës dont les decisions se trouvent dans tous les Livres du Digeste & du Code.

On convient que les Loix Romaines servent en France pour regler la plûpart des affaires & des jugemens ; & qu'ainsi étant en quelque sorte une partie considerable du Droit François, il est absolument necessaire de les étudier & de les sçavoir ; mais il faut remarquer que comme tous les Païs & toutes les Nations ont chacune en leur particulier des mœurs différentes de celles des autres, les François n'ont pû s'accommoder de toutes les Maximes d'un Droit étranger, & qui n'a pas été fait pour eux : cela paroît par les Ordonnances de nos Rois, par les Coûtumes generales du Royaume, enfin par les Coûtumes locales des Lieux qui ont introduit ou

## P R E F A C E. vij

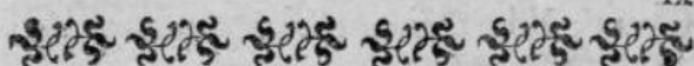
ordonné des choses contraires, & c'est ce qui compose véritablement la Jurisprudence François, suivant les principes allegués dans les Instituts de Justinien, *Quod quisque populus sibi Jus constituit, id ipsius proprium est Civitatis vocaturque Jus Civile.*

Pour le Droit Romain il est facile d'en entreprendre l'étude par la lecture des Livres dont il a été parlé ci-dessus : mais pour le Droit François, il faut attendre d'en être instruit par l'usage, par une longue experience des affaires & par la connoissance de ce qui est expliqué dans une infinité de Livres : ce qui demande un tres-long temps avant d'y pouvoir parvenir, & ce n'est qu'avec beaucoup de peine & de difficulté. Il est vrai que plusieurs Auteurs François ont travaillé pour nous guider & nous rendre le chemin plus facile, les uns d'une maniere af-

viii P R E F A C E.

sez diffuse, les autres plus succinctement ; je me suis réduit à donner seulement des Institutions ; dans lesquelles j'exposerai les Maximes les plus generales & les plus importantes du Droit François, & j'ai suivi en cela l'exemple de quelques Auteurs modernes.

J'ai eu de la peine à me déterminer sur le plan de mon Ouvrage ; si je suivrois pied à pied les Institutions de Justinien en rapportant sur chaque titre les différentes dispositions du Droit François, ou si sans m'éloigner ni m'affervir tout-à-fait à son ordre, j'observerois la maniere qui me paroîtroit la plus convenable, & j'ai enfin pris ce dernier parti, d'autant qu'il y a quelques matieres dans le Droit François qui sont inconnuës au Droit Romain.



# T A B L E

## DES CHAPITRES.

|             |   |        |
|-------------|---|--------|
| CHAPITRE I. | <b>D</b> E l'origine & du progrès du Droit François , | page 1 |
| CHAP. II.   | De la Justice & du Droit ,                            | 13     |
| CHAP. III.  | Du Droit naturel , des Gens & Civil ,                 | 23     |

---

## LIVRE PREMIER.

|              |  |     |
|--------------|--|-----|
| CHAPITRE I.  | <b>D</b> Es personnes ,                          | 45  |
| CHAPITRE II. | Des Ingenuus & de leur division ,                | 53  |
| CHAP. III.   | Des Nobles ,                                     | 56  |
| CHAP. IV.    | De la puissance paternelle ,                     | 80  |
| CHAP. V.     | Du mariage ,                                     | 87  |
| CHAP. VI.    | Des adoptions ,                                  | 131 |
| CHAP. VII.   | Par quels moyens cesse la puissance paternelle , | 133 |
| CHAP. VIII.  | De la mort civile , & du changement d'état ,     | 138 |
| CHAP. IX.    | Des aubains ou étrangers ,                       | 147 |
| CHAP. X.     | Des manans & habitans , & du domicile ,          | 154 |



## DES CHAPITRES. xj

|   |     |
|---|-----|
| <i>stament inofficieux,</i>   | 441 |
| CHAP. XV. <i>De la qualité &amp; difference des heritiers,</i>                                    | 459 |
| CHAP. XVI. <i>Des legs &amp; fideicommiss des choses particulieres, &amp; de leur revocation,</i> | 466 |
| CHAP. XVII. <i>De la loi falcidie,</i>  | 469 |

---

## LIVRE TROISIEME.

|   |     |
|---|-----|
| CHAPITRE I. <b>D</b> <i>Es successions ab intestat,</i>                         | 471 |
| CHAP. II. <i>Des obligations,</i>   | 492 |
| CHAP. III. <i>Des obligations qui se forment par paroles,</i>                   | 522 |
| CHAP. IV. <i>Des coobligez, cautions, &amp; certificateurs,</i>                 | 533 |
| CHAP. V. <i>De l'obligation par écrit,</i>                                      | 539 |
| CHAP. VI. <i>Des obligations qui sont contractées par le seul consentement,</i> | 340 |
| CHAP. VII. <i>Des quasi-contrats,</i>   | 558 |
| CHAP. VIII. <i>Par quelles personnes les obligations sont acquises,</i>         | 559 |
| CHAP. IX. <i>Des manieres d'éteindre les obligations,</i>                       | 560 |

---

## LIVRE QUATRIEME.

|   |     |
|---|-----|
| CHAPITRE I. <b>D</b> <i>Es obligations qui naissent des delits,</i> | 566 |
|---|-----|

xij. TABLE DES CHAPITRES.

|   |       |
|---|-------|
| CHAP. II. <i>Des quasi-délits,</i>  | 576   |
| CHAP. III. <i>Des actions,</i>  | 579   |
| CHAP. IV. <i>Des actions qui sont acquises contre certaines personnes en traitant avec d'autres,</i>                          | 596   |
| CHAP. V. <i>Des actions noxales &amp; de celles qui proviennent du dommage causé par les bêtes,</i>                           | 598   |
| CHAP. VI. <i>Des personnes par le ministère desquelles nous pouvons agir en jugement &amp; des cautions de payer le jugé,</i> | ibid. |
| CHAP. VII. <i>Des actions temporelles &amp; perpétuelles ou qui sont données aux héritiers ou contre eux,</i>                 | 600   |
| CHAP. VIII. <i>Des exceptions, répliques, dupliques &amp; autres défenses &amp; soutènements,</i>                             | 601   |
| CHAP. IX. <i>Des actions possessoires &amp; interdits,</i>  | 606   |
| CHAP. X. <i>De la peine des plaideurs téméraires,</i>   | 612   |
| CHAP. XI. <i>Du devoir du Juge,</i>   | 615   |
| CHAP. XII. <i>Des jugemens publics en matière criminelle,</i>   | 618   |



INSTITUTIONS  
DU  
DROIT FRANÇOIS.

---

CHAPITRE I.

*De l'origine & du progrès du Droit  
Français.*

**L**E Jurisconsulte Caius crut avec raison qu'il étoit nécessaire à tous ceux qui vouloient entrer dans une parfaite connoissance du Droit Romain, d'en sçavoir l'origine & le progrès: c'est pourquoi il en fit un petit Traité, qui est rapporté dans la Loi seconde de l'origine du Droit, au Digeste, où l'on voit avec une satisfaction singuliere la naissance & la suite de ce droit; nous ne devons pas, ce semble, avoir moins d'empressement pour celle du Droit

## 2 INSTITUTIONS

François, dont on ne peut mieux apprendre l'Histoire, que par ce qu'en a rapporté M. l'Abbé Fleury, dans ce petit Traité qui sert de préface aux Institutions du Droit François, qui furent imprimées à Lyon l'an 1692. où il prouve d'abord par le Commentaire de Cesar, que les peuples des Gaules, avant d'avoir été entièrement assujettis à l'Empire Romain, avoient leur police & leurs mœurs particulieres, dont il est encore resté quelques vestiges en plusieurs choses; que le peuple vainqueur après la conquête obligea le peuple vaincu à prendre sa langue, & à suivre ses loix; ce que ceux-ci firent assez facilement, & sur-tout après s'être apprivoisé avec leur maître par une société continuelle du commerce & des affaires, & que l'Empereur Antonin leur eût communiqué le Droit de Cité & de Bourgeoisie Romaine, par l'Edit qui rendit cet avantage commun à tous les sujets de l'Empire; que ce Gouvernement dura plus de cinq cens ans à compter depuis la conquête de Cesar, qui fut faite 50. ans avant la naissance de Jesus-Christ.

qui in  
be ff. de  
tu ho-  
m. 11477.

Que les François, peuples de cette partie d'Allemagne qu'on appelle presentement

DU DROIT FRANÇOIS. §

la Franconie, s'étant rendus maîtres sous la conduite du Roy Pharamon d'une partie de la Gaule Belgique vers l'an 450. trouverent toutes ces contrées Romaines tant pour leur police & leurs loix, que pour leur langage; mais qu'il est certain que le Droit Romain, par lequel ils étoient regis, ne pouvoit être celui de Justinien, qui ne fut publié que 100. ans après, sçavoir en l'an 520. & ne fut même gueres connu en Occident; que c'étoit même le Code Theodosien, ainsi qu'il avoit été composé par cet Empereur. Qu'une partie des Gaules fut encore occupée par les Bourguignons & Gots, aussi peuples du Nord, lesquels étant entierement remplis de l'esprit de la guerre, ne songerent pas d'abord à faire des loix, & laisserent aux Gaulois la liberté d'user des loix Romaines, dont ils admiroient même la sagesse & la perfection; qu'ils firent ensuite quelques loix, sçavoir les François residens entre le Rhin & la Meuse, celles qui furent appellées *Ripnaires*; & ceux qui s'établirent entre la Meuse & la Loire, la *Loy Salique*; que les Bourguignons en firent aussi qui furent appellées *Gombettes*, du nom de Gombaut leur Roi, qui les avoit recueillies,

4 INSTITUTIONS  
de même que les Gots & Visigots, qui  
s'emparèrent de cette Province & de  
l'Espagne; que ce sont les loix que l'on  
voit dans un livre intitulé, *Codex legum  
antiquarum*; que ces loix pourtant n'é-  
tant que pour ces peuples vainqueurs,  
n'imposoient pas aux Gaulois la necessi-  
té de s'y assujettir: mais qu'il leur étoit  
libre de choisir quelles loix ils vouloient  
suivre, & même de se regler par la loi  
Romaine; que les causes de l'Eglise n'é-  
toient jamais jugées que par cette loi, &  
que celles de ces Conquerans étant cour-  
tes, & ne pouvant pas suffire pour dé-  
cider la plus grande partie des affaires,  
ils trouverent utile & commode de se  
servir de la loi Romaine, où la matiere  
des contracts & des dernieres disposi-  
tions est parfaitement bien traitée; & de  
plus, les droits des Souverains fort exac-  
tement marquez, & solidement établis:  
ce qui obligea Alaric Roi des Gots de  
publier le Code Theodosien en la ville  
d'Aire en Gascogne en l'an 506. avec l'in-  
terpretation d'Anian son Chancelier,  
pour estre ponctuellement observé, com-  
me la principale loy de son Roïaume.  
Qu'ensuite le Roi Clovis ayant embrassé  
la Religion Catholique & vaincu ce Roi,

Il eut le soin de convoquer plusieurs Conciles à Orleans & ailleurs, où il fut fait divers reglemens Ecclesiastiques : comme aussi pour la police temporelle, dans les assemblées qu'on appelloit Parlemens; & que la Couronne de France étant tombée entre les mains de Pepin, premier Roi de la seconde race, & Charlemagne son fils & son successeur, y ayant uni l'Empire Romain, ce dernier s'appliqua avec un soin extraordinaire à rétablir dans tous ses Etats l'ordre qui avoit été ruiné par les grandes revolutions & les guerres civiles qui les avoient agitez. Il rassembla pour cet effet plusieurs Conciles, & convoqua plusieurs de ces Assemblées, qui se tenoient annuellement suivant l'usage des anciens Rois & le premier temps de la Monarchie, où chaque proposition & décision séparée estoit appelée Chapitre : ce qui ayant été continué par Louïs le Debonnaire son fils, & Lothaire son petit-fils, & ses successeurs en l'Empire, Ansegise fit un recueil en l'an 827. de tous ces Chapitres, qui fut appelé par cette raison le Capitulaire, lequel il divisa en quatre livres, dont le premier & le second contiennent les reglemens; sçavoir, le premier ceux

qui avoient été faits par les Conciles de Charlemagne sur les matieres Ecclesiastiques ; & le second par Charlemagne seul sur les affaires temporelles ; & les deux autres dans le même ordre , ce qui avoit été statué par les mêmes Conciles, & par les mêmes Empereurs Loüis le Debonnaire & Lothaire : à quoi Benoît Diacre de Mayence, ajouta en l'an 845. trois livres de divers autres Capitulaires qui avoient été omis par Ansegise ; & on en a trouvé depuis quelque tems plusieurs autres qui ont été distribuez en quatre additions, que M. Baluse donna au Public en l'an 1667. avec des notes pleines d'érudition. Ensuite le Pape Adrien fit un present à Charlemagne d'un livre appellé le *Code des Canons*, que cet Empereur fit observer dans ses Etats ; & il en usa de même à l'égard du Code Theodosien, tel qu'il avoit été publié par Alaric, lequel il approuva la vingtième année de son Empire, comme il est marqué à la fin du Commonitoire du Roi Alaric, qui est à la tête de son Code Theodosien : de sorte qu'il paroît par-là que pendant la premiere & seconde race de nos Rois, on observoit en France les loix antiques des peuples vainqueurs ;

celles des Romains, contenuës dans le Code Theodosien ; les Capitulaires de Charlemagne & de ses enfans ; les Constitutions Canoniques, contenuës dans la Collection des Canons de l'Eglise universelle, avec les augmentations faites par celle de l'Eglise Romaine, & dans le Code singulier des Canons de l'Eglise Gallicane : ce qui dura jusques à la décadence de la seconde race, & vers le commencement de la troisième, auquel tems les longues guerres civiles & la nonchalance des Princes ayant introduit l'ignorance du Droit, & un désordre universel, la barbarie monta à un tel excès vers le dixième siecle, qu'on oublia toute sorte de Droit & de Loix, ce qui fut suivi d'une espece d'anarchie ; & chacun crut qu'il étoit en droit de faire valoir sa volonté & son caprice, & de maintenir ses usurpations par la force & par la voye des armes, d'où nâquirent une infinité de petites guerres, que chacun de ceux qui avoient quelque petite puissance entreprenoit facilement. Ce fut alors que les Comtes, les Ducs, & les Marquis, qui n'étoient auparavant que de simples Officiers, établis par les Rois pour exercer la justice à leur nom & leur

autorité, entreprirent de s'en attribuer la propriété, qu'ils établirent les Droits Seigneuriaux, rendirent les Fiefs qui n'étoient auparavant que viagers, perpétuels & patrimoniaux, & convertirent en Fiefs les justices qui n'étoient que des simples offices. Enfin le Droit & l'usage de toute sorte de Loix & de Reglemens, même celui des Loix antiques, & des Capitulaires, fut entierement oublié & aboli; néanmoins cet interregne du Droit donna occasion à l'introduction du Droit de Justinien en France, qui y fut reçu generalement ou comme loi ou comme raison. On demeure d'accord que ce Droit avoit été observé d'abord dans l'Empire d'Orient pendant près de quatre siècles, après lesquels il changea de figure, par la composition du liv. des Basiliques, dans lequel l'Empereur Leon renferma en substance & en abrégé, mais avec un ordre different, les Pandectes, le Code, & les Nouvelles de Justinien; comme aussi dans cette partie d'Italie, qui obéissoit aux Empereurs de Constantinople, qu'on appelle aujourd'hui la Romagne, & dans le Roiaume de Naples & de Sicile, où l'usage en fut même interrompu par l'irruption des

Gots & des Lombards, jusques à ce que quelques-uns de ces exemplaires ayant été déterrez vers le neuvième siecle, comme il se prouve par un Concile de Tours tenu en ce temps-là, & au dixième siecle, par le Decret & les Epîtres d'Yves de Chartres; on commença de l'étudier en Italie, où quelques Docteurs l'enseignèrent publiquement à Boulogne, ce qu'ils firent d'abord de leur autorité privée, & entr'autres Irnerius, Jurisconsulte natif d'Allemagne, en l'an 1128. Ce qui fut encore continué avec plus de progrès, après qu'on eut trouvé un exemplaire des Pandectes dans la prise d'Amalphie, petite ville de la Pouille, faite par les Pisans vers l'an 1137. sur lesquels les Florentins l'emporterent quand ils prirent la ville de Pise; c'est pourquoi on appelle cet exemplaire les Pandectes Florentines, que tous les Sçavans ont estimé être les plus corectes, & l'ont suivi dans leur usage & dans leur interpretation; & les leçons publiques de ce Droit furent autorisées en Italie par la Comtesse Mathilde, & par une Ordonnance de l'Empereur Lothaire second. De-là il passa en France, en Espagne, & ensuite en Allemagne, où il n'a été en vigueur que

vers la fin du quinziesme siecle ; & on trouve qu'Acurie le fils du Glossateur l'enseigna dans l'Université de Toulouse en l'année 1225. & Placentin & Azon dans la ville de Montpellier vers l'an 1190.

Mais quoiqu'il fût generalement estimé, il ne fut pas reçu de même comme loi en France ; parce que les François & les Gaulois ayant vécu dans le siecle précédent selon les loix Romaines & le Code Theodosien, & dans ce dernier tems du trouble & de l'agitation continuelle, qui avoit produit plusieurs passions des particuliers, ils ne suivirent plus que quelques coûtumes qui s'étoient introduites pendant le desordre, dont ils ne voulurent pas se départir, & ne se servirent du Droit de Justinien que pour corriger ce qui paroissoit trop dur & de plus déraisonnable dans leur coûtume, ou pour suppléer ce qu'il y avoit de defectueux ; & c'est de ce mélange que furent composées les coûtumes que nous voyons écrites dans le País qu'on appelle Coûtumier, qui compose la plus grande partie du Roïaume, où les coûtumes sont le Droit commun & dominant : & il n'y eut que les Provinces de Languedoc,

Provence, Aquitaine, Dauphiné & Lyon, dans lesquelles le Droit Romain ayant jetté de profondes racines, à cause de leur ancienne dépendance de ces peuples, qui embrasserent le Droit de Justinien, & le reçurent comme loi, le confondant avec le Code Theodosien: & c'est ce qui a produit la difference du País, dont l'un est appellé Coûtumier, & l'autre du Droit écrit.

Or ces coûtumes furent, sans doute, flottantes & incertaines tandis qu'elles furent seulement gravées dans le cœur, dans la memoire des Juges & des gens d'affaires; ce qui obligea le Roi Charles VII. après avoir chassé les Anglois du Roïaume, d'ordonner par son Edit donné à Montil de Tours en l'an 1453. article 123. que toutes les coûtumes seroient redigées par écrit, ce qui fut executé dans la suite de plusieurs années, & a été encore depuis rectifié par les nouvelles redactions, & sur-tout par celle de la coûtume de Paris, qui est regardée comme la plus parfaite & le modele de toutes les autres.

D'autre côté, la publication des Liv. du Droit Canonique dont il a été parlé ci-dessus, donna lieu à plusieurs usages

sur les matieres Ecclesiastiques qui ont formé le Droit Canonique François en partie ; parce qu'on les a reçus en France en ce qui ne déroge pas aux anciens Decrets qui fondent les Libertez de l'Eglise Gallicane, & qui peut contribuer à la pureté de la Discipline Ecclesiastique, & suivant les modifications établies par les Ordonnances de nos Rois, & les résolutions de l'Eglise Gallicane, & la Pragmatique-Sanction & le Concordat.

Enfin nos Rois ont fait des Ordonnances pour pourvoir à tout ce qui est nécessaire pour établir une bonne police dans leur État. L'usage & les necessitez communes de la nation ont introduit des coûtumes generales : & les Parlemens & autres Cours Souveraines, auxquelles nos Rois ont confié l'administration de la plus importante partie de la Justice, ont par leurs Arrêts établi en certain cas une Jurisprudence certaine, dont l'autorité est suivie dans les jugemens : mais il est à remarquer que les Ordonnances Roïaux ne contiennent que peu de décisions pour les fonds des affaires des particuliers ; qu'elles ne regardent que le Droit public, ou les formalitez de la procedure, dont l'ordre a été marqué

DU DROIT FRANÇOIS. 13  
dans la dernière perfection par les Ordonnances du Roy Louis le Grand : de sorte qu'il paroît qu'il y a eu en France une double espèce de Droit François ; le premier est l'ancien , qui dura jusques à la fin de la seconde race de nos Rois ; & le second est le nouveau, dont nous usons encore aujourd'hui , lequel ayant commencé avec la troisième race , a été poli par le tems , & par les changemens utiles que la nécessité ou l'utilité ont obligé d'y faire.

---

## CHAPITRE II.

### *De la Justice & du Droit.*

**T**ous ceux qui se proposent de s'appliquer à l'étude du Droit, doivent commencer par sçavoir la définition de la Justice & du Droit. C'est une généralité, pour me servir des termes de Justinien, qui est préliminaire à toutes sortes d'arts & de sciences, d'en connoître la définition, la nature, la fin & l'utilité. L'objet & la fin de la science du Droit est de marquer & d'apprendre les règles de la justice & de nous former à son exercice ; c'est pourquoi il est neces-

faire de sçavoir d'abord la définition de la justice : c'est pour cela que Justinien la donne en premier lieu en ses Instituts, & que le Jurisconsulte Ulpien a dit élégamment dans la loi première de ce tit. au dig. que *jus à justitia descendit* : ce qui se doit entendre, non pas par le rapport & l'étymologie, mais par la considération de l'objet, laquelle doit toujours précéder en toute sorte d'arts & de science. Par cette raison nous pouvons dire la même chose que Ulpien à l'égard de notre Droit François, quoique l'analogie & la ressemblance du terme ne soit pas si heureuse en notre langue; parce que le Droit François, aussi-bien que le Romain, ne tend qu'à remplir tous les devoirs, & à suivre toutes les règles de la justice, & se conduit par les mêmes principes, & sur-tout par ceux qui sont puisés des vives sources de la nature, qu'elle a également inspirés aux hommes & aux animaux, & singulièrement à tout le genre humain.

La justice est donc, dit Justinien, une volonté ferme de rendre à un chacun ce qui lui appartient; ce qui fait voir que c'est une habitude de la volonté éclairée par la raison, & animée par le motif d'é-

DU DROIT FRANÇOIS. 15  
tablir la concorde & la tranquillité dans  
la société civile, pour laquelle nous avons  
été créez, par une prerogative speciale  
sur tous les autres animaux; & cette ha-  
bitude s'établit & se manifeste par la fre-  
quence des actes de justice qu'elle pro-  
duit actuellement dans toutes les occa-  
sions qui se présentent.

Cette volonté doit avoir deux qualitez  
pour être parfaite. La premiere d'être  
ferme, & la seconde d'être perpetuelle;  
par la premiere elle resiste fortement &  
efficacement à tous les efforts qu'on pou-  
roit faire pour la corrompre, & par la  
perpetuité elle persevere toujours & sans  
jamais changer dans sa louable resolution.

Sa fonction consiste de rendre à un  
chacun ce qui lui appartient, ce qui com-  
prend non seulement les biens, les droits,  
les actions, & tous les devoirs de bien-  
seance & d'honnêteté, mais encore les  
peines & les recompenses. Car les re-  
compenses sont dûes au merite de droit  
naturel, & les peines sont necessaires &  
dûes à l'exemple de la sûreté publique;  
& cette fonction n'est pas renfermée dans  
les bornes des Etats particuliers, & des  
peuples qui le composent; elle s'étend  
par tous les peuples de la terre, entre

lesquels Dieu ayant établi une société générale, qui a ses conditions arrêtées & convenües par toutes les nations : par un instinct general de la raison naturelle, nous sommes obligez de faire raison, en conformité à tout le monde & rendre ce qui appartient à un chacun mutuellement, & à plus forte raison à Dieu, & à notre patrie, & à nos peres & meres, ce qui contient le devoir de la Religion & du culte divin, la fidelité & l'obeïssance au Prince, & à la patrie, comme le Jurisconsulte l'a très-bien marqué dans la loi seconde de ce titre au digeste.

C'est sur ce fondement que les Interpretes ont divisé la justice en distributive & commutative. La premiere consiste en la distribution égale & raisonnable des recompenses & des peines selon le merite d'un chacun & la qualité des personnes : car c'est cette proportion qui fait la juste mesure des recompenses & des peines, & qui forme l'égalité qui doit être gardée dans ces occasions ; puisqu'il est bien clair qu'il seroit injuste de donner une grande récompense à un roturier & à un artisan ou à celui qui auroit fait une action moins meritante,

& une récompense égale à une personne noble & constituée en dignité, & qui auroit plus mérité du Public ou par lui ou par ses ancêtres. L'exercice de cette justice est entre les mains des Princes & de leurs Magistrats; car les Princes se sont réservés la distribution des graces & des récompenses, qui découlent agréablement de leurs mains comme d'une source abondante, selon leur volonté & leur jugement: & les Magistrats sont chargez de l'application des peines que les loix ont decernées en gardant l'ordre & la forme qu'elles ont prescrits.

La commutative a pour but de garder l'égalité & la bonne foy dans les contrats, negociations & dans toute sorte d'affaires que les hommes ont ensemble, de telle maniere, que l'un ne fasse point de profits excessifs sur l'autre, & surtout par fraude & par dol, ce qui paroît dans tout son jour dans les contrats de partage par la disposition du Droit Romain, lequel les déclare nuls suivant la loi *majoribus*, au code *communia utriusque judicii*, & le sentiment de la glose lorsqu'il y a lésion d'un quart dans la valeur du lot d'un des contractans. Il y en a un autre exemple celebre dans la loi

seconde au code , de rescind. venditione , par laquelle si le vendeur a donné la chose vendüe à un si vil prix , qu'il n'en retire pas du moins la moitié du juste prix , l'acheteur est obligé de le parfour-  
 nir ou de souffrir la resolution de la vente , à cause de cette lesion énorme que l'équité de la justice commutative ne permet pas de dissimuler ; & c'est sans doute par le motif de cette justice & pour en étendre l'usage par un surcroît de la charité chrétienne que S. Paul ordonne en son Ep. aux Thessaloniens, c. 4. *Ne quis in negotio circumveniat fratrem suum* , ce qui ne s'entend pas seulement du dol & de la fraude, mais de la lesion, parce que ce precepte est le même que celui qui est dans le Levitique, chapitre 15. *Non contristabis fratrem tuum* , ce qui convient à la lesion, laquelle irrite sans doute celui qui l'a soufferte , & le porte à en vouloir tirer raison ; ce qui fait naître des querelles & des contestations , qui troublent la concorde & la tranquillité de la société civile, ce que la justice commutative a uniquement en vüe de prévenir.

L'exercice de la justice distributive est principalement en la main des Prin-

ces & des Magistrats, quoique les particuliers y puissent avoir quelque part, comme le pere de famille à l'égard de ses enfans, ou de ses serviteurs, & enfin chaque particulier à l'égard de ceux qui ont mérité quelque retour; mais la pratique de la commutative est entièrement pour l'usage des particuliers qui négocient & qui contractent, & les Princes & les Magistrats en sont les promoteurs & les protecteurs par leurs Ordonnances & leurs Arrêts.

Le soin & la fin de la Jurisprudence est de marquer ce qui appartient à un chacun, & de regler cette volonté ferme & constante de le rendre. Et comme cela comprend aussi, ainsi qu'il a été montré ci-dessus, le devoir de la Religion & de ses Ministres l'un envers l'autre, aussi-bien qu'à l'égard des choses temporelles; elle a été fort justement définie, la connoissance des choses divines & humaines. Mais pour la distinguer de la Theologie, & des autres sciences contemplatives, qui traitent aussi de Dieu & des choses humaines, on a très-bien ajouté à sa définition, *Justi atque injusti scientia*, parce que la Jurisprudence n'en prend connoissance que pour y remarquer ce qui

peut y être juste ou injuste, licite ou illicite, utile ou préjudiciable à la tranquillité publique, ou à la société civile, ce que le Jurisconsulte Ulpien a très-bien remarqué dans le §. premier, *De justitia & jure*, aux instituts, quand il est dit: *Boni & aequi notitiam profitemur aequum ab iniquo separantes, licitum ab illicito secernentes*. C'est pourquoi il avoit défini au commencement de cette loi le Droit, c'est-à-dire, la Jurisprudence, en laquelle signification il faut ainsi prendre ces termes dans ce titre, *ars aequi & boni*, généralement, & sans expression particulière des choses divines & humaines, pour faire connoître que ce qu'il y a de juste ou injuste en toutes choses, est du partage de la Jurisprudence, qui est appelée tantôt art, tantôt science, parce que les Jurisconsultes ne s'amusement pas à la différence subtile de ces termes; mais il faut convenir que c'est effectivement une science qui fait la plus notable partie de la Philosophie morale, puisqu'elle a des principes certains & évidens, & des conclusions nécessaires. Les premiers principes de cette science se manifestent par les préceptes fondamentaux, qui sont de vivre honnêtement,

de ne maltraiter personne, & de donner à chacun ce qui lui appartient. Ce sont en effet les premières règles de la justice: car encore qu'il semble que le premier, de vivre honnêtement, n'est pas compris dans la définition de la justice, parce qu'il est renfermé en la personne d'un chacun, & que la justice regarde le bien & l'avantage du prochain; néanmoins cette volonté constante & perpétuelle de la justice, ne peut être formée que par ceux qui se sont proposés de mener une vie honnête: & c'est apparemment par cette raison que le Jurisconsulte Ulpien a défini la Jurisprudence, *ars boni*, que tout le monde est demeuré d'accord qu'un bon Jurisconsulte doit être homme de bien, & que les loix ne doivent rien souffrir de malhonnête, & qui soit contraire aux bonnes mœurs.

Du reste la science du Droit se divise en deux parties, à raison des matières dont elle traite, dont la première regarde le public, & la seconde l'intérêt & l'utilité des particuliers; c'est pourquoi l'une est appelée le Droit public, & l'autre celui des particuliers.

Les loix des douze Tables avoient fait un troisième membre de cette division

du Droit sacré, qui regarde les choses de la Religion, comme nous l'apprend Ausonne par ces vers :

*Jus triplex tabula quod ter sanxere qua-  
ter, nec*

*Sacrum & privatum & populi commune  
quod usquam.*

Mais Justinien a réduit ces trois membres en deux, parce que le Droit sacré est compris sous ce Droit public, du moins pour ce qui regarde la police extérieure & l'œconomie générale des biens temporels; & de-là vient, ainsi que nos Auteurs François l'ont remarqué, que les Rois & les Puissances Souveraines ont le droit de faire des Loix & des Ordonnances concernant cette police & surtout pour le maintien de la Religion & de la Discipline ecclésiastique. Il est vrai que la loi de la Religion Chrétienne ayant établi l'Eglise Catholique sous un Chef universel, qui est le Pontife Romain, pour nous enseigner les divins Mystères & nous inspirer de bonnes mœurs; c'est à elle à décider toutes les questions de la Foi; & on ne lui a pas contesté, qu'elle n'ait la puissance de faire des Reglemens & des Constitutions Canoniques, tant

par l'autorité des Conciles œcumeniques que des Papes & des Conciles nationaux & provinciaux, pour la discipline & la police interieure & exterieure, dont les Rois sont les Protecteurs, & assurent l'exécution par leurs Ordonnances : de sorte que notre Droit sacré, quant à la police, est établi & affermi par le concours de deux Puissances ; & c'est de cette maniere qu'il fait partie de notre Droit François : d'où vient que Charondas & les autres Auteurs François, qui ont voulu donner les principes du Droit François, n'ont pas oublié ceux du Droit Canonique. Mais parce que la matiere seroit trop vaste, & que ceux qui ont fait des Institutions du Droit François, les ont faites séparément, les uns pour le Droit Canonique seulement, comme Monsieur l'Abbé Fleury, & les autres pour le Droit Civil ;

Je me contenterai de donner les principes de ce dernier, concernant l'interêt des particuliers ; car pour le Droit public qui regarde l'Etat & les Droits du Prince, celui des Magistrats & leurs fonctions, la forme du Gouvernement, & la Police generale, il n'est point de la portée des commençans, & Justinien l'a

renvoyée pour cette raison à la fin du Code & au commencement du Digeste.

Or les regles de ce Droit qui regardent les particuliers, sont tirées du Droit naturel, des gens, ou de celui qu'on appelle Civil, ce qui nous oblige de sçavoir ce que sont ces trois especes de Droits.

### CHAPITRE III.

#### *Du Droit naturel, du Droit des Gens, & du Droit Civil.*

**L**E Droit en general, n'est autre chose que la lumiere de la raison, qui nous porte à embrasser ce qui est bon, & à rejeter ce qui est mauvais, & principalement ce qui nuit à la conservation & au maintien de la société civile; car si les hommes vouloient suivre de bonne foi les impressions de cette raison, nous n'aurions pas eu besoin d'autre loi: mais parce que les passions en offusquent souvent la clarté, & nous obligent d'en contester les préceptes; il a été nécessaire de les declarer, & de les fixer pour éviter cette contestation; & c'est ce que nous faisons par ce que nous appellons Loix, Ordonnances & Reglemens, dont

une

une partie est rapportée au Droit naturel, c'est-à-dire, à cet instinct general que Dieu a imprimé dans l'ame de tous les animaux, pour la conservation de leur espece & de leur individu, tels que sont la compagnie du mâle & de la femelle pour la procreation des enfans, & pour leur nourriture & leur éducation, la liberté, la défense, & autres choses semblables. Parce que les bêtes ont quelque usage de ces choses, on les attribue au droit naturel; comme si à cause de cet usage commun il venoit purement d'un instinct naturel, quoique dans l'homme il soit conduit & réglé, perfectionné & modifié par la raison. D'autres préceptes sont fondez sur le Droit qu'on appelle des gens, parce que la raison naturelle l'a établi pour la conservation de la société generale entre tous les hommes; comme sont la Religion, le respect envers les parens, la fidelité envers la patrie, la charité du prochain, qui nous oblige de nous considerer comme liez par une espece de cognation mutuelle, & de ne vouloir point faire à autrui ce que nous ne voudrions pas qu'on nous fît à nous-mêmes; lesquelles choses & autres semblables sont écrites si clairement dans

nos cœurs, qu'on peut dire que ce sont les premiers rayons de la Divinité, qui nous éclaire dès que nous commençons d'être capables de connoissance; & c'est pourquoi les Interpretes les ont appellées *jus gentium primarium*, qu'ils ont distingué de celui qu'ils appellent *jus gentium secundarium*, qui a été introduit *usu exigente & humanis necessitatibus*, comme dit Justinien au §. second de ce titre, duquel descendent les guerres & les esclavages qu'il a établis, contre le Droit naturel, & presque tous les contrats, la distinction des biens & l'acquisition de leur propriété. Mais parce que ce Droit general ne pourroit pas suffire pour la conservation de chaque peuple en particulier, à cause des necessitez particulieres qui se trouvent dans chaque nation; il a fallu necessairement que chaque cité se fît un Droit propre & different de ce Droit commun; & ce droit est appellé Civil, lequel par cette raison ne peut être que different, lorsque les Etats le sont: d'où vient que l'Etat de la France ayant été toujours distinct & separé de l'Empire Romain, depuis la conquête de nos Rois, & ne lui ayant jamais été soumis, son Droit civil doit être necessai-

tement different du droit Romain, lequel n'a pas même force de loi dans la plus grande partie du Royaume. On peut encore moins dire que ce soit le Droit par excellence, en telle sorte que quand on fait mention du Droit simplement, & sans aucune designation de la nation, on doit entendre celle du Droit Romain; parce que c'est le Droit suréminent, & qui excelle sur tous les autres: car en France ce droit est subalterne au Droit François, consistant aux Ordonnances Royaux, & aux Coûtumes generales; & le Droit de Justinien n'est à vrai dire qu'un Droit étranger, qui n'est en vigueur que par tolerance, & par l'adoption de quelques provinces autorisées par la permission de nos Rois. Au surplus, ce Droit Civil ne peut être formé que des changemens qui sont faits au Droit des Gens & commun, ou en y ajoûtant ou ôtant quelque chose, ainsi que l'a très-bien enseigné Ulpien, en la loi 6. *de justit. & jure*. Car comme nous voyons que le Droit des Gens fait quelques derogations au droit naturel, ainsi qu'il paroît dans l'introduction des servitudes personnelles, qui sont contraires à la liberté qui appartient à tous les hommes par le Droit naturel,

ou pour ce qui regarde la défense de soi-même, laquelle est restrainte par le droit des gens aux bornes d'une défense absolument necessaire, & en plusieurs autres cas semblables: ainsi le droit civil modifie & perfectionne le droit des gens; comme, par exemple, la liberté des testamens, que Theophile dit être du droit des gens, quant à la substance, & en ce qu'ils dépendent de la seule volonté des testateurs, est modifiée & restrainte par la necessité d'observer les formalitez prescrites par le droit de chaque pays, ce qui ne déroge pas à la prééminence du droit naturel & des gens, & n'empêche point que ce droit ne soit immuable, comme le declare Justinien au paragraphe penultieme de ce titre, parce que le droit civil ne s'en écarte que le moins qu'il peut, & ne tend qu'à en rendre l'usage plus sûr & plus utile. Et comme les derogations au droit naturel par le droit des gens ne sont que des exceptions au premier, qui en confirment & épurent la disposition, en empêchant qu'on n'en abuse contre l'utilité publique; les changemens aussi que le droit civil fait au droit des gens, ne sont que des semblables exceptions fondées sur les necessitez

de chaque nation, dictées par la raison naturelle, & par l'ordre de la charité, qui permet à un chacun de se procurer le repos & l'abondance des choses nécessaires pour la vie commune : & c'est pourquoy Justinien dit élegamment que le droit des particuliers est composé des preceptes du droit naturel, des gens & civil, parce que toutes les regles de ce dernier sont formées, & tirent leur source des deux autres.

Justinien a fait plusieurs divisions du droit civil des Romains, dont la première est en droit écrit, & non écrit. Elle convient au droit François, qui a pour droit écrit, les Ordonnances de nos Rois, & pour non écrit, les coûtumes générales & locales, aux provinces du pays coûtumier, où le droit Romain ne peut pas passer pour droit écrit, ni même, à proprement parler, dans les provinces du droit écrit ; parce que ce n'est pas le droit dominant, & qu'il n'a pas été fait pour la France, où il n'avoit point été observé ni connu pendant plus de cinq siècles : & s'il y a été reçu dans la suite, ce n'a été que par la soumission volontaire des peuples. Mais la subdivision du droit écrit en *Plebiscite* *Senatusconsulte*, Edits des Preteurs, Ré-

ponse des Prudens , ne peut être d'aucun usage dans le droit François, ni dans aucun Etat Monarchique , où le peuple n'a aucune autorité de faire des loix, laquelle appartient au seul Monarque : & c'est ce qui avoit même déjà lieu du tems de Justinien, par la force de la loi Royale, par laquelle le peuple avoit transmis aux Empereurs toute son autorité, & par consequent celle de faire des loix: de sorte qu'il semble que Justinien en ait fait mention inutilement dans ses Institutions, si on ne dit qu'il a pris ce soin pour nous apprendre l'origine & le progrès du Droit Romain. On remarque néanmoins quelque vestige des loix dans la rédaction des coûtumes, qui a été faite par les députez des trois Etats, en présence & sous l'autorité des Commissaires députez par nos Rois, des Plebiscites dans les statuts des corps des métiers, des Senatusconsultes dans les arrêts qui sont donnez par les Parlemens & Cours supérieures, en execution des Edits & Ordonnances de nos Rois, ou pour pourvoir par provision à ce qui regarde le bien public, & qui requiert celerité; & ce qu'on appelle Jurisprudence établie par les arrêts, represente *jus honorarium*,

qui étoit introduit par l'autorité des Magistrats. On peut dire aussi que les avis & opinions des Conseillers des Compagnies de Justice, que les Presidens & les Chefs sont obligez de suivre pour la conclusion des arrêts & jugemens, ont beaucoup de rapport aux réponses des Jurisconsultes, *Quibus jus respondendi publicè de jure datum erat, & à quibus recedere non licebat* : & Monsieur Dauterelle nous apprend sur ce sujet dans ses Instituts, que le droit de créer des Docteurs en droit, & même dans les autres sciences, qui appartient au Roy, a pris son fondement sur cet usage du droit Romain, duquel l'exercice a été commis aux Universitez qui conferent les grades, par autorité Apostolique & Royale.

Les Ordonnances Royaux sont donc le seul Droit écrit François, & les seules véritables loix: mais il y a cette différence entre les Empereurs Romains & nos Rois, que les premiers tenoient leur puissance de la soumission volontaire du peuple, & par la force de la loi Royale, par laquelle le peuple s'étoit dépoüillé en faveur du Prince, du droit & de l'autorité de faire des Ordonnances; au lieu

que nos Rois ayant conquis les Gaules par le droit de la guerre, & par la force de leurs armes, ne doivent leur puissance qu'à leur épée; & c'est pourquoi ils peuvent très-justement se qualifier Rois par la grace de Dieu, ce que ne peuvent pas faire ceux qui tiennent la Couronne de l'élection de leurs sujets: & par cette raison, lorsque nos Rois sont sacrez, ils prennent leur épée, qui est la marque de leur puissance, de dessus l'Autel, & non de la main d'aucun des assistans, à leur Sacre, pour faire voir que c'est à Dieu seul qu'ils sont redevables de leur autorité suprême, comme l'ont remarqué Fevret au traité de l'abus, liv. 1. Fauchet dans ses origines, liv. 7. chap. 17. & le même Monsieur Dautefere, au lieu déjà cité.

Nous n'avons pas en France l'usage de diverses especes de Constitutions des Princes, qui sont marquées par Justinien, quand il dit qu'on appelle Constitutions, tout ce qu'il a plû à l'Empereur de statuer, ou par ses lettres ou en jugeant des procès, ou d'ordonner par ses Edits; car les Empereurs Romains faisoient en quelque maniere la fonction de Jurisconsultes, en répondant aux ques-

tions qui leur étoient proposées par les particuliers ; & la plus grande partie des loix du Code sont tirées de ces sortes de réponses , de même que le chapitre des Decretales, des Réponses des Papes : ce qui n'est pas pratiqué par nos Rois , lesquels ont donné les Juges nécessaires à leurs sujets pour décider leurs affaires , suivant les loix-generales qu'ils ont faites ou reçues par leurs Ordonnances ; & lorsque la décision de quelque procès est résolüe en leur presence , & même par leur opinion, l'arrêt qui est donné là-dessus, n'a pas la force d'une loi generale , qui oblige de juger la même chose dans les occasions qui semblent avoir quelque rapport à ce préjugé ; à moins que l'arrêt ne porte en termes exprès , qu'il servira de loi à l'avenir en pareil cas , ainsi que l'observe Charondas en ses Pandectes du droit François, liv. 1. chap. 4. où il rapporte pour preuve & pour exemple de cette verité, l'arrêt du Conseil privé qu'adjugea à Semelé, Curé des Innocents à Paris, le regrès au Benefice qu'il avoit résigné à son Vicaire étant malade & en sa dernière extrémité, & par la crainte de la mort, le Vicar refusait de le lui relâcher après sa mort, lequel arrêt fut inseré dans sa convalescence : car il fut inseré dans l'arrêt qu'il

serviroit de loi à l'avenir : & la raison pourquoy on en use ainsi en France , n'est pas qu'on ait moins de respect pour les sentimens du Prince , que les sujets des Empereurs Romains ; mais parce que l'experience nous apprend que les procès se jugent le plus souvent sur des circonstances particulieres qui en restraignent la décision , & empêchent qu'elle n'ait la generalité necessaire pour établir une loi. Ainsi les Ordonnances de nos Rois se réduisent à ce qu'il leur plaît de statuer, pour être generalement observé dans leurs Etats, *quod edicto præcipiunt* , ce qu'ils font pourtant en diverses manieres, & en divers cas, qui ont donné lieu à quatre differentes denominations de leurs Constitutions ; car on voit dans les Ordonnances Royaux , & particulierement dans le titre de l'observation de l'Ordonnance de 1667. ces quatre differentes nominations ; sçavoir , d'Edit, d'Ordonnance, Declaration, & Lettres Patentes : & quoique ces termes semblent synonymes , & qu'ils soient assez souvent pris l'un pour l'autre , il est pourtant certain qu'il y a une notable difference entre les constitutions qui désignent , laquelle a été remarquée par Rebufe dans sa Pre-

face sur les Ordonnances Royaux. Les Edits sont les constitutions que les Rois font de leur propre mouvement pour le bien & l'utilité publique de leurs Etats. Les Ordonnances, celles qui contiennent les reglemens fort notables sur diverses matieres, & principalement celles qui sont données sur les doleances & postulations des Etats du Royaume, assemblez pour cette effet par l'ordre & par la permission du Roi; comme les Ordonnances de 1659. celles d'Orleans, Moulins, Amboise, Roussillon, Blois, & de 1629. 1667. & 1670. & autres semblables. Les Declarations sont données pour l'exécution, explication, & interpretation des Edits ou Ordonnances precedentes; & enfin les Lettres Patentes sont, selon Loiseau, au liv. 1. du traité des Offices, chap. 3. nomb. 54. & 55. des Lettres du grand Sceau, expedées en parchemin, au nom & de l'autorité du Roi, où il n'y a qu'un replis au pied & au bas de l'écriture, lequel n'en empêche pas la lecture, à la difference des lettres clauses, qui sont fermées par un cachet, & qu'on appelle Lettres de cachet, ce qui semble avoir été suivi par Rebufe, sur le Concordat, au titre

des collations, §. *pralati*, au traité des nominations, quest. 14. où il explique *Patentes litteras*, c'est-à-dire, publiques & apparentes. Mais il semble que ce que dit Charondas, en ses pandectes du droit François chap. est plus notable; sçavoir que les Lettres Patentes sont ainsi appellées non seulement pour les distinguer des Lettres de cachet, mais principalement des Lettres de petite Chancellerie établies auprès des Parlemens, comme étant leur autorité plus grande & plus patente, à cause du grand Sceau auquel est empreinte l'image de la personne du Prince, seant en son lit de Justice, avec les principales marques de l'autorité Royale qui s'y rapportent. Quelques-unes de ces Lettres sont generales, & données en forme d'Edit; d'autres concernent les Communautés, & la plus grande partie regarde les affaires des particuliers. Ce sont les termes de cet Auteur.

Mais comme nos Rois n'ont pas eu de plus grand desir que de faire de bonnes & saintes Ordonnances, ils ont toujours voulu avoir l'avis & l'approbation des Cours superieures de Justice, suivant en cela l'exemple des Empereurs

Romains en cette loi celebre, *humanum*, titre de *legibus* au code: & c'est pourquoy avant qu'elles soient executées, elles doivent être publiées, lûes & registrées dans les auditoires & les registres de ces Compagnies, auxquelles il est permis de faire de très-humbles remontrances au Roi, lorsqu'après une meure deliberation elles trouvent qu'il y a quelque inconvenient dans les nouvelles Ordonnances, & qu'elles sont prejudiciables au bien de l'Etat & du public. Ces remontrances avoient autrefois un effet suspensif de l'execution desdites Ordonnances, ce qui a été changé par la Declaration du mois de Juin de l'an 1673. par laquelle il est enjoint aux Cours superieures de proceder purement, sans aucun retardement, à la publication & enregistrement des Edits, Ordonnances, Declarations & Lettres Patentes pour affaires publiques, soit de Justice ou de finances émanées de la seule autorité du Roi, sans partie, avec des Lettres de cachet de sa Majesté, portant les ordres pour l'enregistrement; & il n'y a que la seule faculté de faire de très-humbles remontrances, qui est permise seulement aux Cours superieures. Il est vrai que les Ordonnan-

ces n'ont leur effet & leur execution dans le ressort de chaque Parlement, que le jour de leur registré, suivant l'article 4. & 5. du titre de l'observation des Ordonnances; & c'est ce que je fis juger l'année dernière à l'égard de l'Edit du Roi de l'an 1689. concernant la succession des plus proches parens aux biens des fugitifs du Royaume pour fait de religion, qui fut adjugée aux plus proches parens au temps de l'enregistrement de cet Edit en ce Parlement, à l'exclusion de ceux qui l'étoient au temps que l'Edit fut donné. L'Arrêt fut rendu au mois d'Août dernier, en la deuxième Chambre des Enquêtes pour Marguerite Peiffon, contre Marguerite Cornier, du lieu de Bedarieux.

Toutes les especes du droit dont il a été parlé, sont des parties du droit civil écrit: mais il a été montré ci-dessus, qu'il y a un droit civil non écrit, qui est la coutume, laquelle imite la loi, dit Justinien, ce qui se doit entendre quant à l'effet, parce qu'elle a la même force que la loi écrite; mais l'essence de la coutume est d'avoir été établie sans écriture, par un long usage & une espece d'insinuation, lequel usage le droit a fixé.

à l'espace de 40. ans, après lesquels les Canons appellent la coûtume legitime, *prescriptam*, comme étant formée entièrement par ce temps; & c'est ce qu'on a communément suivi en France, & c'est ainsi qu'il faut expliquer les termes de *diuturni mores*, dont s'est servi Justinien & dire aussi que c'est par rapport à leur introduction, que les coûtumes des Provinces coûtumières ont retenu ce nom, quoiqu'elles ayent été redigées par écrit par l'autorité du Prince; d'où vient que quant à leur état présent, il semble qu'on peut les traiter de droit écrit, & qu'il n'y a à proprement parler, que les coûtumes générales qui ne sont pas écrites, qui puissent composer le droit non écrit en France.

La division du droit civil en écrit, & non écrit, qui a été remarquée par Justinien dans ce titre, est encore fort notable, aussi-bien que ce qui est décidé, que les coûtumes ont force de loi; mais il est certain qu'elles ne prennent pas toute leur force du seul consentement tacite du peuple, qui ne peut faire aucune loi ni écrite ni non écrite de sa seule autorité, puisque ce droit n'appartient qu'uniquement au Roi, mais seulement par le concours de celle du Prince, qui est sensé

l'accorder par la tolerance de la coûtume & par l'approbation qu'il y donne en ne s'opposant pas à son observation. Au surplus l'effet de la coûtume va si loin, qu'il déroge quelquefois à l'Ordonnance, comme il est marqué en l'article premier de l'Ordonnance de 1629.

A tout cela il faut ajoûter qu'à l'égard des peuples, qui ont le bonheur d'être éclairés des lumieres de l'Evangile, le droit divin qu'il a plû à Dieu de nous marquer dans les saintes Ecritures, dont une partie étant conforme au droit naturel, comme sont tous les preceptes du Decalogue, sont appellez avec raison dans le canon 1. de la premiere distinction de Gratien, droit naturel, & les autres, droit divin positif, ce qui forme une division du droit divin, en droit divin naturel & droit divin positif, laquelle Gratien n'a pas bien clairement touchée; mais elle l'a été fort bien par M. Doujat, dans ses notes sur le chapitre premier des institutions Canoniques de Lancelot.

Il ne faut point encore oublier l'équité que la loi *in omnibus*, 90. de *regulis juris* au digeste, dit devoir être suivie en toutes choses, & principalement dans le droit: ce que la loi *placuit*, cod.

DU DROIT FRANÇOIS. 47  
*de judiciis*, declare devoir être préférée  
au droit écrit. Or cette équité est un  
droit non écrit & un retour au droit na-  
turel & des gens, par lequel on retran-  
che les fausses conséquences qu'on veut  
tirer de la disposition du droit écrit, par  
une fausse explication des paroles, &  
vaines subtilitez, contre le sens & l'inten-  
tion du Législateur, qui n'a pas eu la  
volonté ni la pensée à des cas extraordi-  
naires & singuliers, où elle se trouveroit  
prejudiciable à l'utilité commune, &  
auxquels la raison de la loi manque en  
telle sorte, que rien n'empêche que le  
droit naturel n'ait son effet; mais cette  
équité ne peut avoir lieu que contre les  
injustes conséquences qu'on veut tirer  
de la loi, lesquelles on appelle *Jus stri-  
ctum, jus summum, & summam injuriam*,  
& non pas pour renverser ce qui est  
textuellement ordonné par la loi, à la  
disposition de laquelle il faut nécessaire-  
ment obeïr, encore même qu'elle pa-  
roisse dure, *leg. prospexit, ff. qui & à  
quibus liberi manumissi non fiant; feren-  
da enim quidem est lex, licet dura, quia  
ita exscripta est*, dit ce texte; & dans  
le doute il vaut mieux toujours se tenir  
au terme de la loi: *In re dubia melius*

*est verbis edicti servire, leg. i. §. licet, ff. de exercitoriâ actione.* Et ainsi le recours à l'équité ne doit pas être arbitraire, & dépendre du caprice d'un chacun : *Nec ulli æquum videri debet quod à legum tramite abhorret; debet enim æquitas esse legibus informata, ut ait Panormitanus, in capite ex parte x. de officio judicis delegati.* Ce sont les termes de Probus, sur la glose de la Pragmatique Sanction, titre des élections, c. *sicut, §. ergo,* & sur le mot *credam*; & c'est pourquoy il n'est pas même indifferemment permis à toute sorte de Juges de vouloir faire l'application de l'équité, mais seulement aux Parlemens, comme l'a remarqué Charondas, en les Pandectes, au chapitre de l'équité, & Monsieur le President Dufaur sur ladite loi *in omnibus*, déjà citée, parce que les Compagnies Souveraines sont les depositaires de l'autorité du Prince, auquel il appartient regulierement d'être l'arbitre entre le droit & l'équité, selon la loi premiere *de legibus* au code; mais l'équité peut avoir par l'autorité du Prince des effets plus considerables que par celle des Magistrats, parce qu'elle peut faire abroger les loix par le premier, au lieu que par les au-

tres elle ne peut que rectifier le mauvais sens qu'on veut donner ausdites loix contre leur intention, & rejeter les consequences trop éloignées qu'on prétend en tirer. C'est là-dessus que sont fondées les exceptions introduites par le Preteur dans le Droit Romain, prises du dol & des conventions, contre la foi desquelles on voudroit se prevaloir de la subtilité du droit; & on en voit une infinité d'exemples qui sont répandues dans le corps du Droit Romain, qui ont été ramassées avec exactitude par le même Monsieur Dufaur à l'endroit déjà marqué, où il observe que l'unique objet de l'équité est l'utilité, la commodité, & le bonheur de la société civile & commune, en quoi elle a la même fin que la loi, & qu'ainsi elle ne peut jamais avoir l'intention de la contrarier, mais seulement de venir à son secours lorsqu'elle manque, & de la soutenir contre les chicanes & subtilitez de ceux qui veulent malignement ou erronément se prevaloir de l'écorce des paroles contre la substance & la vérité du sens.

Enfin la matiere du droit & les choses qu'il s'occupe à regler se réduisent à trois; en premier lieu aux personnes, seconde-

ment aux choses, & en dernier lieu aux actions, comme l'a remarqué Justinien sur la fin de ce titre : ce qui a servi de fondement à l'ordre de ses institutions, qu'il a divisées en quatre livres, dans le premier desquels il traite du droit des personnes, par lesquelles il commence, avec beaucoup de raison, parce que c'est pour leur utilité & leur avantage que toutes les loix & le droit ont été établis. Dans le second, le troisième, & partie du quatrième, il traite des choses, & dans le surplus du quatrième il traite des actions tant en matiere civile que criminelle : ce qui convient très-bien avec ce que dit Ulpion dans la loi premiere au dig. que tout le droit consiste, *Aut in acquirendo, aut in conservando, aut minuendo*, parce que tout le droit generalement, soit qu'il regarde les personnes, les choses ou les actions, ne tend qu'à établir les manieres legitimes, dont on peut se servir pour acquérir, conserver & se dépouiller de ses biens. Je commencerai donc, à l'exemple de Justinien, de traiter des personnes, de leur état, leurs droits, & leurs qualitez.



INSTITUTIONS  
DU  
DROIT FRANÇOIS.  
LIVRE PREMIER.

---

CHAPITRE I.

*Des personnes.*

**L**A premiere division des personnes qui est faite par Justinien generalement & sans exception, est qu'elles sont libres ou esclaves; mais elle n'a pas lieu en France, où l'esclavage a été aboli, suivant l'esprit d'humanité & les douceurs du Christianisme, & même comme l'ont remarqué les observateurs les plus exacts de l'établissement de notre Monarchie, selon le genie des François,

lesquels estimant qu'il n'y a rien de plus  
 cher que la liberté, & qui d'ailleurs  
 ayant une aversion très-grande pour les  
 manieres des Romains, qui sembloient  
 vouloir établir un esclavage universel sur  
 toutes les nations de la terre, ne voulu-  
 rent point l'autoriser par leur usage &  
 par leurs loix à l'égard des particuliers;  
 & on ne peut delavoüer que ce ne soit  
 une introduction dure & barbare, qui  
 dégrade véritablement la nature humaine, en  
 réduisant les hommes, pour lesquels tou-  
 tes les autres choses ont été faites, au rang  
 des choses inanimées, & des animaux mê-  
 me, par l'assujettissement à la dominité de  
 leur maître qui les rendoit venaux, les  
 exposoit aux mauvais traitemens d'u-  
 ne telle maniere, que les maîtres avoient  
 sur eux un droit de vie & de mort, &  
 en un mot les privoient de la liberté qui  
 semble empreinte sur leurs visages, le-  
 quel est, *Ad similitudinem cœlestis pul-  
 chritudinis figuratum*, ainsi que dit la  
 loi, *si quis in metallum*, cod. de pœnis.  
 C'est de quoi Justinien fut si convaincu  
 qu'il fit profession ouverte dans toutes  
 les Constitutions, d'abolir la servitude,  
 & de se declarer le protecteur de la li-  
 berté; & c'est sans doute l'esprit du

Christianisme, par les règles duquel tous les Chrétiens étant frères, & appellez également à la possession du même heritage celeste, par la grace commune de la Redemption, ils sont tous étroitement unis par des liens d'une charité mutuelle, qui est directement opposée à la cruauté de la servitude, laquelle par cette raison a été bannie de l'Europe par un consentement unanime tacite de toutes les nations Chrétiennes, parmi lesquelles la victoire a perdu le droit d'emporter la liberté des personnes, & de changer leur état en telle sorte, que ceux qui sont pris par leurs ennemis ne deviennent plus les esclaves de leurs vainqueurs, mais seulement prisonniers de guerre, & obligez de payer leur rançon telle qu'il est convenu publiquement entre les peuples qui sont en guerre, ou qu'il plaît aux vainqueurs d'exiger lorsqu'il n'y a point de convention, ainsi que le remarque Grotius dans son traité *de jure belli & pacis*, liv. 7. chap. 7. & avant lui Monsieur Benoît sur le chap. *Rainutius*, sur le mot *uxorem nomine Adelaziam*, où il est dit que par le droit de la guerre les vainqueurs sont à la vérité rendus maîtres des choses, & acquierent le droit de re-

gner sur leurs vaincus, mais qu'ils n'ont pas la dominité de leurs personnes, sur lesquelles ils ne peuvent prétendre qu'une rançon proportionnée à leur état & leurs facultez; ce que Bartole, qui vivoit au treizième siècle, assure avoir été déjà établi de son temps; & la France a été tellement amatrice de la liberté, qu'elle ne souffre en aucune maniere l'esclavage, en telle sorte que dès le moment qu'un esclave, même Turc ou Mahometan, entre dans le Royaume, il devient libre sur le champ, par la force de la coûtume generale, qui est attestée par ledit Grotius au lieu déjà cité, & par Charondas en ses Pandectes du Droit François, liv. 2. chap. 5. & par un grand nombre d'autres Auteurs qui rapportent aussi, & sur-tout ledit Benoît, que la ville de Toulouse a pour cela un privilege particulier de l'Empereur Theodose; & Charondas au lieu ci-dessus cité, rapporte une Ordonnance de S. Louïs, par laquelle il déclare tous serfs de la Couronne, qu'on appelle esclaves. On convient pourtant qu'il y a une espece de servitude personnelle en France, dont Monsieur Coquille en ses institutions du Droit François, a fait un chapitre entier,

où

où il marque que les Coûtumes de Nivernois, Bourbon, Bourgogne, Troyes, Vitry & Auvergne, traitent de ces servitudes personnelles, qui consistent non pas, comme dit Coquille, en la sujétion & puissance des maîtres, telle qu'avoient les Romains, qui étoit une puissance de dominité; mais celle de pouvoir être taillez par leur Seigneur à discrétion & volonté, & à être obligez à certaines corvées, & à payer divers droits suivant qu'il appert par les titres des Seigneurs & par les Coûtumes: ce qui ressemble plus à ces sortes d'esclaves, appellez *coloni servi, coloni adscripti, & addicti gleba*, qui étoient attachez, & comme liez au domaine des champs. Tellement que le propriétaire du domaine ne pouvoit vendre les serfs sans vendre le domaine.

Les serfs coûtumiers sont de deux sortes: les uns sont serfs par leur naissance dans l'enclos de la terre du Seigneur, qui a le droit de servitude; & ceux-là peuvent être personnellement poursuivis par leurs Seigneurs, encore qu'ils abandonnent tous les biens qu'ils possèdent dans leur Seigneurie, en quelque endroit qu'ils se soient retirez, & peuvent les obliger de venir résider dans leurs

terres & y tenir feu vif & allumé pour être par lui taillez ; & ceux-là sont appellez serfs de corps , & on dit que leur servitude est attachée à leurs os & à leurs personnes : d'autres sont seulement sujets à ces charges à raison des heritages qu'ils possèdent dans la Seigneurie , & en sont délivrez en abandonnant aux Seigneurs lesdites terres & les meubles qu'ils ont. Dans quelques-unes de ces Coûtumes ces serfs ne peuvent se marier à des personnes de condition franche , ou même à des serfs d'un autre Seigneur , sans la permission de leur Seigneur ; & s'ils le font , cela s'appelle fors mariage , qui donne le droit au Seigneur de prendre le tiers des meubles & immeubles qui sont dans sa Seigneurie , outre une amande qui lui est acquise lorsque les hommes se marient sans avoir demandé le congé ; de plus , il succede à ces heritages , sans que les serfs en puissent disposer ni par testament ni par convention de succeder ; & il n'y a que les enfans & les parens qui vivent en commun , qui puissent succeder aufdits serfs au prejudice du Seigneur. Il y avoit plusieurs autres contrées de France , où ces servitudes étoient en usage : elles ont été presque abolies ou par

DU DROIT FRANÇOIS. 51  
les affranchissemens accordez par les Seigneurs, ou gratuitement, ou moyennant les redevances qu'ils imposèrent à la place desdites servitudes; & c'est de-là que viennent la plûpart des corvées, redevances & tailles qui sont levées par les Seigneurs sur leurs justiciables & leurs payfans. Les serfs de poursuite acquièrent leur liberté par les manumissions ou affranchissemens, comme il vient d'être dit; mais outre cela, quand ils servent vingt ans dans la terre sans être reclamez ni poursuivis, ils prescrivrent leur liberté; *Quia pro liberis se gerere intelliguntur.*

Quelques-uns ont voulu dire que les Moines & les Religieux sont semblables aux esclaves des Romains, parce que les vœux d'obéissance & de pauvreté qu'ils font, les obligent à une soumission aveugle aux volontez de leurs Superieurs, & les rendent incapables de toute sorte de propriété & de possession des choses temporelles, qu'ils ne peuvent acquérir en France; & que s'ils font quelque acquisition, elle tourne au profit du Monastere. Et comme les esclaves, *in toto jure civili pro nullis habentur*, les Moines & les Religieux sont pour les effets civils

regardez entierement morts au monde ; mais cette comparaiſon eſt très-mal imaginée , parce que l'obéiſſance des Religieux à leurs Superieurs n'eſt pas ſervile mais filiale. Ceux-ci ſont les peres , & non pas les maîtres ; ils ne peuvent que les gouverner par raiſon & avec charité : & la renonciation à toutes les choſes temporelles , bien loin de leur imprimer aucune marque de ſervitude , les éleve au contraire à un état de perfection , qui les met au-deſſus du commun des hommes ; & c'eſt pourquoi les legs faits aux Religieux & l'inſtitution hereditaire de leurs perſonnes en particulier n'eſt pas acquiſe en France aux Monafteres , comme ce qui étoit donné à l'eſclave étoit acquis au maître par le droit Romain , ainſi que l'a fort doctement prouvé M. Dolive , liv. 1. chap. 4. de ſes queſtions , où il rapporte des Arrêts & préjugez du Parlement de Toulouſe conformes à ſon opinion.

## CHAPITRE II.

*Des Ingenus, & de leur division.*

L'Abolition des servitudes personnelles en France ayant aneanti la division la plus étendue des personnes en libres & en esclaves, on est presentement revenu au premier état du droit naturel, par lequel tous les hommes sont également libres, d'où vient qu'il n'y a pas d'affranchi parmi nous: parce que l'affranchissement étoit un secours que le droit des gens, qui avoit établi les servitudes, avoit inventé en même tems pour en adoucir & finir la rigueur; ce qui avoit formé une seconde division des personnes libres en ingenus & affranchis, dont les premiers étoient ceux qui n'avoient jamais été souillés de la tache de la servitude, & avoient toujours joui de la liberté; & les autres sont ceux qui ayant eu le malheur d'en être privez, avoient eu le bonheur de la recouvrer par la grace de leurs maîtres, qui devenoient leurs patrons par ce bienfait signalé, & acqueroient sur eux divers droits honorables & utiles, qu'on appelloit

droit de Patronat, dont il y a des traites fort amples dans le droit Romain. Mais puisqu'il n'y a plus d'esclaves, il n'y a pas d'affranchis, ni de droit de Patronat; jusques-là que les esclaves infidèles ou Mahometans, légitimement acquis par les François dans le pais étranger où le droit est encore observé, venant à être affranchis par leur entrée en France & la profession du Christianisme, ne sont sujets à aucune sorte de droits envers leurs anciens maîtres; parce que ce n'est pas de leur liberalité qu'ils tiennent leur liberté, mais de la force de la loi & de la coûtume, qui les rétablit entierement dans les droits naturels de la naissance humaine: de sorte que comme ils sont tous libres, ils sont aussi ingenus.

Mais parmi tant d'ingenus on a distingué trois différentes especes de personnes, qui forment les trois divers ordres dont tout le corps de cette Monarchie est composé.

La premiere est de celles qui sont engagées dans la Clericature, & qui sont vouées au service du culte divin, qui font le premier ordre qu'on appelle le Clergé; la seconde est celle des Nobles

qui composent le second, & le premier ordre des deux seculiers, destinez pour la conduite & l'administration des choses temporelles; & la troisieme est de celles qui composent tout le reste du peuple, qu'on appelle Tiers-Etat. Toutes ces choses entrent dans l'état des personnes, & leur donnent des avantages & des privileges; par exemple les Clercs ont celui de la preséance & du rang honorable, le privilege de la jurisdiction, les immunitéz & franchises d'une infinité de charges onereuses, suivant les concessions qui leur ont été accordées par le Droit & par les Ordonnances; & parmi le Tiers-Etat, il y en a qui ont des fonctions honorables qui les élevent au-dessus du vulgaire, & souvent à la noblesse, comme les graduez, comme les gens de guerre, les gros negocians; mais comme la Clericature regarde le Droit Canonique, je me suis proposé dès le commencement de n'en point parler. Il faudra donc se reduire à traiter de la Noblesse, qui semble parmi nous avoir pris la place de l'ingenuité des Romains, & qui lui ressemble en plusieurs choses.

## C H A P I T R E   I I I .

*Des Nobles.*

**L**A Noblesse n'est à vrai dire qu'un éclat de la vertu, & un rayon de la gloire, qui suit & environne tous ceux qui se sont rendus recommandables par leurs belles actions, dont le bruit & la louange se sont tellement répandus, que tout le monde parle d'eux, & les regarde avec admiration, non seulement pendant leur vie, mais même après leur mort. Cette connoissance generale de leur mérite les rend Nobles, suivant la pensée de Varron, qui fait venir le terme *nobilis* de celui de *noscibilis*, & du Poëte qui dit, que

*Nobilitas nihil est aliud quàm cognita virtus.*

Mais parce que le témoignage de cette connoissance doit être authentique, & ne doit pas dépendre de la bisarrerie, & de l'inconstance des particuliers corrompus, ou d'une populace aveugle; on a fort sagement établi que c'est au seul Prince Souverain de la donner & d'annoblir par ce moyen: & de-là vient qu'on a resolu que la puissance d'annoblir est un

droit de la Souveraineté, & que Bartole  
 \* rapporte uniquement la Noblesse à  
 la concession du Prince dans son ori-  
 gine : en effet le Prince étant le censeur  
 naturel de ses sujets, c'est à lui seul qu'il  
 appartient de juger de leur mérite, & de  
 le déclarer, & même le récompenser  
 par les honneurs dont il est le sou-  
 verain dispensateur. Or il semble juste  
 que les enfans de ceux qui sont  
 comblez de ces honneurs soient partici-  
 pans, & en quelque manière les succes-  
 seurs de la gloire de leurs peres ; parce  
 que, comme dit Seneque, la memoire  
 des gens qui ont bien mérité du Public,  
 nous doit être en consideration en la  
 personne de leurs descendans ; & c'est  
 un grand aiguillon pour exciter à bien  
 faire de s'imaginer que le souvenir de  
 nos actions ne mourra pas avec nous, &  
 pourra être utile à notre posterité ; &  
 d'ailleurs la bonne éducation des enfans  
 & les bons exemples des peres vertueux,  
 qui les invitent de conserver & de sou-  
 tenir la gloire de leur maison, fait pré-  
 sumer qu'ils répondront aux obligations  
 de leur naissance ; de sorte que par cet  
 ordre les avantages de la Noblesse pas-  
 sent souvent, & se continuent aux per-

\* Sur la  
 loi 3. cod.  
 de Dignit.

sonnes des enfans, & c'est ce que nous appellons Noblesse de race, par imitation de la pensée d'Aristote, qui définit la Noblesse une vertu de race : & de-là vient que nous reconnoissons deux sortes de Noblesse, dont l'une est naissante & nouvelle, & l'autre ancienne & consacrée par l'antiquité & par une longue suite de generations : & on fait plus de cas de cette dernière en France & dans tout le reste du monde, & avec raison, ce semble ; parce qu'elle a jetté de plus profondes racines, & qu'étant comme naturalisée dans les familles, elle a une plus forte présomption de vertu. On ne tient pas même pour parfaite Noblesse celle qui a un commencement sensible, & se trouve obscurcie par le mélange de quelque roturier : on compare en cela notre Noblesse à l'ingenuité des Romains, qui n'étoit pas tenuë pour parfaite que lorsque toute la suite des ancêtres avoit été toujours exempte de servitude : *Ingenui sunt*, dit Cicéron aux Topiques, *quorum Majorum servitutem nemo servit* ; & les descendans qui composoient ces familles & en portoient le nom, étoient appelez *Gentiles* : ce qui a peut-être fait que nous appellons Gen-

tilshommes les nobles de race, nom que nous ne donnons pas généralement à ceux qui sont Nobles : en telle sorte qu'il est vrai de dire que toute personne noble n'est pas Gentilhomme. Néanmoins comme la preuve de Noblesse de race, ne peut pas être faite à l'infini ; on a trouvé qu'il devoit suffire pour prouver la Noblesse de race, de justifier la Noblesse du pere & de l'ayeul, suivant la décision de la loi premiere au Code *de dignitatibus*, & le dire de Tite-Live : \* *In-\** Liv, 10. *genuus est qui patrem avumque ciere potest.* Ainsi la Noblesse de race s'accomplit par la troisième generation, & le troisième Noble est Gentilhomme. Mais suivant l'opinion commune, ceux qui paroissent avoir été annoblis par Lettres ou par Dignité, ne sont pas si estimez que ceux dont l'origine se perd dans l'antiquité.

La Noblesse vient donc ou de la naissance, ou de la grace & justice du Prince, qui annoblit par deux voyes ; ou par concession expresse, en accordant des Lettres de Noblesse ; ou par concession tacite, lorsqu'il donne des charges ou des Offices annoblissans : ce qui est une maniere d'annoblir, sans que l'annobli soit

obligé d'avoir roture, ce que ne peuvent s'empêcher de faire ceux qui demandent des Lettres d'annoblissement; car il y a des charges & des dignitez dont l'importance est si grande, & qui demandent une si grande capacité & merite, que lorsque le Prince en honore quelqu'un, c'est un témoignage des plus signalez de son estime & de la vertu du pourvû. On ne peut pas disconvenir que les François étant un peuple belliqueux, n'ayent d'abord attaché la Noblesse à la vertu militaire, & aux premieres charges de l'épée, comme les Connetables, Maréchaux de France, Officiers Generaux des armées, Gouverneurs des Provinces & des places importantes & frontieres. Mais s'estant polis après dans les exercices de la paix, ils reconnurent que la vertu de la Robe n'étoit pas moins utile pour le soutien de l'Etat; & ainsi les premieres Charges de la Robe, comme celles de Chancelier, Conseiller d'Etat, Premier President des Parlemens, & autres Cours superieures, avec plusieurs autres, ont été aussi honorées des avantages qui sont en très-grand nombre, & d'une grande importance.

Premierement, les Nobles sont tou-

**DU DROIT FRANÇOIS** 61  
jours plus favorisez : en telle sorte que  
Cicéron disoit que, *Nobilibus etiam dor-*  
*mientibus omnia beneficia populi Romani*  
*deferebantur.* Les premières charges de  
l'épée leur sont destinées, à l'exclusion  
des roturiers : & ils sont facilement pre-  
ferez à tous les autres ; ils ne payent  
point de tailles ni de subsides dans le  
pays coûtumier, & ne sont sujets à au-  
tres charges qu'à celle de la guerre, à  
laquelle ils semblent destinez, peuvent  
tenir tout fief & Seigneurie noble, sans  
payer aucun droit de franc-fief, comme  
font les roturiers, qui peuvent même  
être contraints de vuider leurs mains des  
grandes Seigneuries, & portant titre de  
dignité, ils ne peuvent être cottisez à  
l'industrie, ni contraints de recevoir au-  
cun logement des gens de guerre, ont  
leurs causes commises aux Sénéchaux en  
premiere instance, au prejudice des pre-  
miers Juges Royaux, suivant l'Edit de  
Cremieu, ont droit de porter l'épée aux  
lieux non défendus, & de chasser dans  
les terres du Roy ; d'être jugez seuls  
s'ils le desirent par la grand' Chambre,  
& Tournelle assemblées ; & de n'être  
point condamnez au foüet ni à être  
pendus.

Parmi les Romains les Nobles avoient droit d'Images, qui étoit appellé *jus Imaginum*, qui consistoit a avoir des tableaux qui representent ceux qui avoient été honorez des grandes charges, avec les habits & les marques de leurs dignitez, ce qui a été retenu par les Capitouls de Toulouse, dont on fait tous les ans un double tableau, où ils sont peints tous ensemble, qui est placé dans l'Hôtel de Ville, & un autre tableau pour chaque particulier. Mais cela n'est pas en usage dans le reste de la France, où les Nobles se sont contentez d'avoir des armoiries, qui est un honneur qui leur appartient, à l'exclusion des roturiers, qui n'ont pas droit de prendre des armoiries; & cela vient de ce que les anciens François étant uniquement adonnez à la guerre, ils marquoient leurs devises dans leurs écus, qui étoient appellez *Arma, quod arma regerent*; & les devises furent appellées armoiries; & depuis l'usage des écus ayant été abandonné, on a représenté ces armes dans une enceinte qui a conservé la figure d'un écu, & qu'on appelle écuffon: & les Nobles de Robe ayant voulu imiter en cela la Noblesse d'épée, celle-

ci a ajoûté le casque ou timbres, que les Nobles de Robe se sont aussi attribués.

Les avantages de la Noblesse étant si considérables, chacun a tâché de les usurper avec tant d'audace, que les Ordonnances d'Orleans & de Blois, pour arrêter ce desordre, ont défendu par les articles 110. & 257. aux roturiers de prendre la qualité de Nobles, à peine d'une amende arbitraire, dont la condamnation est poursuivie aux Cours des Aides, qui sont les Juges ordinaires de ces contestations, quand la question principale est pour la Noblesse; & le Roy a ordonné une recherche generale des faux Nobles, & établi pour cet effet des Commissaires, qui condamnent ceux qui sont convaincus d'avoir pris & usurpé ce titre sans fondement, à deux mille livres d'amende.

Il y a divers degrez de Noblesse: le premier est des simples Nobles ou Gentilshommes, qui ont facilement acquis la Noblesse par l'annoblissement accordé par le Roy, sans aucun relief d'honneur particulier qui les distingue par-dessus les autres Nobles; & ceux-là prennent le titre d'Ecuyer, parce

qu'ils ont droit d'écuffon & d'armoiries; & le fecond est des Nobles de haute Nobleffe, qui procede de l'Ordre des Chevaliers, & des grands Offices, & des grandes Dignitez & Seigneuries.

L'Ordre des Chevaliers effectifs est conferé par le Roy, ou bien le titre en est attaché aux grands Offices, Dignitez, & Seigneuries, dont ceux qui en font pourvus ou poffeffeurs, font Chevaliers honoraires, & ont le droit de prendre le titre de Chevalier. Les grands Offices font auffi conferez par le Roy; & les autres Seigneuries, comme les Duchez, Marquifats, Comtez, Vicomtez & anciennes Baronies, font toutes tenuës par infeodation du Roy, auquel l'hommage en doit être fait: & lorsque le Roy le reçoit, & qu'il en donne luy-même l'investiture en personne, il est censé accorder la haute Nobleffe, parce qu'elle est necessaire, afin que l'hommage & l'investiture puiffent avoir leur effet; & c'est en ce cas que Loifeau, au traité des Ordres, chap. 6. nomb. 45. & fuivans, enseigne que les fiefs de dignité acquierent la haute Nobleffe, & que c'est une exception de la regle commune, par laquelle on tient en France *feudum non*

DU DROIT FRANÇOIS. 63  
*nobilitat*: regle qui est confirmée par  
l'Edit de 1600. fait pour le reglement  
des tailles, & pour l'usage des taxes de  
franc-fief, qui est un droit que le Roy  
prend sur les roturiers qui sont posses-  
seurs des fiefs nobles, qu'ils ne peuvent  
posseder que par permission du Roy,  
parce que par les loix du Royaume, les  
fiefs nobles sont affectez aux personnes  
nobles; & c'est une permission que le  
Roy n'accorde que moyennant certaine  
finance, qui est ordinairement reduite à  
la valeur des fruits d'une année de vingt  
en vingt ans.

Les Nobles de haute Noblesse se  
peuvent qualifier Chevalier, Messire,  
haut & puissant Seigneur, & ont  
droit de mettre une couronne sur leurs  
armes; sur-tout ceux de haute Seigneu-  
rie, comme les Duchez, Comtez &  
Marquisats.

On reconnoît encore une troisième es-  
pece de Noblesse, qui est la plus haute  
& est celle des Princes; car encore qu'à  
proprement parler, il n'y ait d'autre Prin-  
ce que le Souverain; neanmoins ceux qui  
sont de sa famille, & sont capables de suc-  
ceder à la Souveraineté par le droit de la  
parenté ou de la gentilité, que nous appel-

lons Princes du Sang en France, sont honorez de ce nom de Prince, qui les met au dessus des autres Seigneurs & Nobles; & ce nom & titre de Prince est encore toleré à tous ceux qui sont nez d'une Maison souveraine d'un pays étranger, ou qui en descendent.

La Noblesse étant une qualité qui n'est pas naturelle comme la liberté, mais accidentelle & extrinseque; tout le monde convient qu'elle n'est pas presumée, & qu'elle doit être prouvée par celui qui se la veut attribuer: car quoique la Noblesse de race semble en quelque maniere naturelle, parce qu'elle passe des ancêtres aux descendans par l'ordre naturel de generation, & est acquise par la naissance; néanmoins il est vrai de dire qu'elle a un principe extérieur dans son origine, puisqu'elle vient de la concession du Prince ou expresse ou tacite: on la prouve par les provisions des grands Offices & Charges, & par l'investiture & la reception des hommages des Seigneuries hautes & mediocres, accordez & reçus par le Roy même, ou par les lettres d'annoblissement que nous avons obtenuës ou nos ancêtres; mais quand nous la prenons du chef de nos ancêtres,

Il est nécessaire outre le titre de Noblesse, de rapporter les actes justificatifs de la filiation, qui sont les baptistaires, les contrats de mariage, les testamens, partages, ou autres actes authentiques. Il y a plus de difficulté pour la preuve de la Noblesse de race, qui n'est point illustrée par aucun Office, Charge, ou Seigneurie relevée, qu'on appelle simple Noblesse; car il semble que cela ne peut pas être prouvé par possession legere & prescription; c'est pourquoi on a reçu la preuve de cette possession non par témoins, selon l'avis de Tiraqueau, mais par actes authentiques, desquels il résulte que les ancêtres ont pris cette qualité de Nobles pendant un tems immemorial. C'est sur ce fondement qu'il est porté par la Declaration du Roy de l'an 1664. faite pour la recherche des faux Nobles; que ceux qui ne produiront des titres ou contrats justificatifs de qualité des Nobles que depuis l'an 1560. seront condamnés à l'amende de 2000. liv. comme usurpateurs de la Noblesse: ce qui a lieu même par l'Edit de l'an 1686. à l'égard de ceux qui sans titre ont pris cette qualité depuis l'an 1605. sous pretexte des jugemens collusoires, & surpris sous

faux donné à entendre : & on a même tenu que la Noblesse ne peut être établie par la prescription, lorsqu'on découvre la roture de quelqu'un des ancêtres; parce que la prescription ne fait qu'une présomption de Noblesse, qui est effacée par la preuve contraire de la roture; & qu'il est plausible que comme en droit, *Nemo potest sibi mutare causam possessionis*, leg. 3. §. *quod scriptum* 19. ff. *de acquirenda vel amittenda possessione*; de même il ne doit pas être permis à ceux qui sont du Tiers-Etat de se transférer de leur propre autorité dans l'ordre de la Noblesse, qui ne peut être donnée que par le Prince, & par cette usurpation être à charge au public, & partager avec ceux qui sont véritablement Nobles, leurs avantages & leurs privilèges : leur possession étant d'ailleurs de mauvaise foi, & contre la prohibition des Ordonnances, & même du droit Romain, en la loi *Eos*, §. *si promilite*, ff. *ad leg. Corn. de falsis*, qui déclare que c'est une fausseté, qui ne peut avoir aucun effet contre le bien public. C'est ainsi que Loiseau le décide au Traité des Ordres, chap. 5. nombre 37. où il explique l'Edit de 1600. qui

porte que pour prouver la possession de la Noblesse, il suffit de justifier celle du pere & de l'ayeul, & dit qu'il doit être entendu sous cette condition, qu'il n'y ait preuve ni memoire du contraire. Cet Edit se trouve en effet changé par la Declaration du Roy de l'an 1664. qui demande une possession immemoriable, & par les Arrêts du Conseil qui rejettent la Noblesse de simple possession, lorsque la roture est justifiée, & qui desirerent même que pour appuyer cette possession, ceux qui s'en veulent aider justifient qu'eux & leurs ancêtres, ont possédé & possèdent quelques Seigneuries & fiefs nobles & honorables, & qu'ils ont exercé quelques charges & emplois considerables; c'est ainsi que cela se trouve ordonné par l'Arrêt du Conseil du 19. Mars 1669. rendu pour la recherche de la Noblesse de Provence.

Ce qui n'a pas lieu suivant Loiseau, à l'égard de la Noblesse provenant des Offices qui est acquise par la troisième generation, parce qu'elle provient en effet de la concession du Prince par la collation de l'Office, & par consequent est fondée en titre; & c'est la veritable espece

de la loi premiere, *Cod. de dignitatibus*, selon laquelle on convient que les Offices & Charges qui annoblissent la personne, comme celles de Conseillers, Presidents aux Cours superieures & autres semblables, acquierent la Noblesse à la troisieme generation ; mais quand il y a des Lettres d'annoblissement, ou provision des grands Offices de la Couronne, ou concession de l'Ordre de la Chevalerie, ou investiture des grandes Seigneuries, faite personnellement par le Roy ; elle fait souche de Noblesse, comme l'enseigne Loiseau au même chap. Privilège qui a été accordé aux Charges des Capitouls de Toulouse, & confirmé par Lettres Patentes du mois de Septembre de l'an 1692. Il a été aussi accordé aux Officiers du Parlement de Paris, par l'Edit du mois de Novembre de l'an 1690. & il est certain que ces annoblissemens qui font souche & tige de Noblesse, en donnent le titre & l'avantage non seulement aux enfans qui sont nez depuis, mais encore à ceux qui étoient nez auparavant ; parce que les peres & les enfans ne font qu'une seule & même personne, & que ces derniers participent par le droit du sang & l'ordre de la suc-

cession à tous les avantages du pere, quoiqu'ils ne succedent pas aux charges onereuses; ce qui est fort bien expliqué dans les loix *Moris*, §. ult. au dig. de *pœnis*, & dans la loi *Senatoris filium*, au titre de *Senatorib*, & dans la loi seconde, §. *in filiis*, au dig. de *Decurionibus*, suivant lesquelles il faut concilier la loi *Senatores*, Cod. de *dignitatibus*, dont la raison est remarquable: *Quia*, dit-elle, *paternos honores filiis invideri non oportet*. Les femmes participent aussi à la Noblesse de leurs maris: parce que le mariage est une société si parfaite, qu'elle a cet effet de faire que tous les avantages du mari soient communiquez aux femmes, suivant cette belle loi, *Mulieres*, Cod. de *dignitatibus*. Tous les Empereurs disent, *Mulieres virorum honore erigimus, genere nobilitamus*.

Du reste, notre Noblesse étant semblable à l'ingenuité ou gentilité des Romains, ne se perd point, & ne souffre aucune diminution par le tems, & au contraire augmente par le nombre des années; en quoi elle est différente de celle des Romains, qui s'affoiblissoit à mesure que la posterité s'éloignoit des ancêtres, qui l'avoient acquise par leurs

promotion aux grandes Charges; en telle sorte qu'elle étoit perdue tout-à-fait à la troisiéme generation de celui qui n'avoit pû être honoré d'aucune Charge annoblissante, ainsi que Loiseau l'a remarqué au Liv. des Ordres, & aux chap. de la Noblesse en general, & de la simple Noblesse, & le prouve par la loi *Divo Marco*, Cod. de *Questionibus*.

Comme la Noblesse est acquise par la vertu, elle doit être aussi conservée par le même moyen. C'est pourquoi on demande si elle est perduë par le crime, & par les condamnations à peine infamante. On fait en cela difference de la Noblesse de race, ou par lettres du Prince, & de celle qui provient des Offices; celle de race n'est point perduë par la peine infamante, quant aux droits utiles, parce qu'elle vient de la naissance, & est une qualité comme naturelle du sang; mais elle ne conserve pas les droits honorifiques: & un Gentilhomme noté d'infamie ne pourroit être admis aux Charges publiques, ni avoir la préseance sur un roturier à cause de sa Noblesse; parce que l'infamie n'empêche pas seulement qu'on ne puisse être promu aux hon-

neurs e

neurs, suivant la loi premiere, Cod. de *infamibus*, mais encore, *quæsitum honorem adimit*, leg. *infamia*, Cod. *ex quibus causis infamia irrogatur*; mais il ne perdrait pas l'exemption de l'industrie, ni des tailles au lieux où les Nobles en jouissent, ni de la taxe de franc-fief, ni l'avantage que la succession soit partagée noblement, si ce n'est que la sentence portât que le condamné & sa posterité étoient degradez de l'ordre de la Noblesse, comme il est souvent ordonné aux crimes énormes; mais la condamnation infamante du pere ne fait aucun préjudice à ses enfans & descendans, parce que les enfans ne tiennent point la Noblesse de race de leur seul pere, mais de leur ayeul & de leurs autres ancêtres. C'est un avantage de la famille & de la lignée, que la faute d'un seul ne peut éteindre, comme il peut être décidé par l'argument de la loi 2. §. 4. de *Decurionibus*, & de la loi *emancipatum*, §. ult. de *Senatoribus*, si ce n'est que la condamnation portât expressément que la posterité & les enfans seroient degradez de la Noblesse aussi-bien que le pere, ainsi qu'il a été dit ci-dessus.

La Noblesse qui vient des Lettres du

Prince n'est pas aussi perduë par l'infamie, parce qu'elle a un titre réel, qui subsiste jusques à ce qu'il ait été révoqué : de sorte qu'elle a pour ce regard le même effet que celle de race. Mais il n'en est pas de même de celle des Offices, parce que c'est une Noblesse accessoire, comme dit la glose sur la loi première, *Cod. de dignitatibus*, qui tombe par consequent lorsque l'annobli est privé de l'Office par l'infamie ; & c'est ainsi qu'il faut entendre la loi *Divo Marco*, *Cod. de questionibus*, qui parle de la Noblesse provenant des Offices ; qu'elle donnoit à ceux qui en étoient pourvus le titre *Eminentissimorum*, comme Loiseau l'a très-bien remarqué au lieu ci-dessus : d'où vient que la Noblesse qui est acquise par le moyen d'un Office continué de l'ayeul au pere, qui annoblit seulement les personnes pourvuës, & ne fait pas souche de Noblesse, si le pere vient à être condamné à une peine infamante, la Noblesse n'est pas acquise au petit-fils, sur-tout s'il est né & conçu depuis la condamnation ; car pour ceux qui le sont avant le crime, ils ne perdroyent pas la Noblesse au terme du droit Romain, suivant les loix ci-dessus

rapportées, *emancipatum*, §. ult. de *Senatoribus*, & 2. de *Decurionibus*. Mais en France à cause de l'Edit de 1600. qui demande que le pere & l'ayeul ayent exercé l'Office jusques à leur mort, ou du moins pendant vingt ans, & jusques à ce qu'ils ayent obtenu les Lettres de Veteran. Loiseau au tit. des simples Gentilshommes, du Traité des Ordres, nomb. 101. croit que si l'un de ceux-là est privé de l'Office par son crime, le petit-fils n'est pas décoré de la Noblesse.

Mais ce qu'il y a de surprenant, est que quoique le crime ne prive pas les Gentilshommes de l'exemption des tailles, & des privileges utiles de la Noblesse, ils en sont pourtant dépouillez par l'exercice des arts vils & mécaniques, faits par esprit d'un gain sordide, par l'exploitation des fermes & toutes sortes d'emplois & vacations viles, comme par la vente des marchandises en détail, à petits poids & mesures, & à boutique ouverte; car comme dit Ciceron dans ses Offices, *Nihil ingenuum habere potest officina*, & c'est ce qu'on appelle dérogeance, laquelle n'éteint point tout-à-fait la Noblesse, mais en suspend les effets & les privileges, comme il est marqué par

l'Edit de 1600. qui porte que l'exemption de tailles aura lieu seulement à l'égard de ceux qui vivront noblement ; de sorte qu'il ne suffit pas d'être Noble si on ne vit noblement : ce qu'on ne fait point lorsqu'on exerce arts qui ne conviennent qu'aux roturiers, ce qui est très-équitable ; parce que l'exemption des tailles des Nobles est compensée en quelque maniere avec le plus grand profit qui revient aux roturiers de ce qu'ils exercent seuls le commerce, & sans doute la raison pour laquelle les Nobles ne peuvent pas être cottisez à la taille personnelle qu'on appelle industrie : parce qu'il ne leur est pas permis d'exercer aucun art mécanique, ni de faire aucun profit en détail.

Cette suspension de Noblesse ne dure à la rigueur que pendant le temps de l'exercice des métiers sordides ; mais on tient en France qu'elle ne peut estre rétablie sans l'intervention de l'autorité Royale, de laquelle la Noblesse semble entierement dépendre, tant pour son introduction, que pour son rétablissement ; c'est pourquoy il est nécessaire que ceux qui ont derogé obtiennent des lettres de rehabilitation du Roy, que les

enfans dont le pere & l'ayeul ont déro-  
 gé, ne peuvent aussi se dispenser d'obte-  
 nir; parce que comme la Noblesse des  
 descendans est présumée par la vie no-  
 ble du pere & de l'ayeul, ainsi semble-  
 t-elle détruite par une presumption con-  
 traire de leur dérogeance, si le Prince  
 ne les rétablit: & ces Lettres doivent  
 aussi être obtenues par les veuves no-  
 bles par leur naissance, qui pour avoir  
 époulé un roturier ont perdu les avan-  
 tages de leur Noblesse, car elle ne peu-  
 vent les recouvrer que par la grace du  
 Prince. Mais si la dérogeance a duré  
 pendant plusieurs generations, elle éteint  
 enfin la Noblesse. Ce que Monsieur  
 Lebret en son 47. Plaidoyé de la Cour  
 des Aydes, déclare arriver lorsqu'elle est  
 parvenue jusques à la septième genera-  
 tion, parce qu'après ce degré la nature  
 ne reconnoît plus de parenté. Leg. 4. ff.  
*de gradibus cognationum*, & §. ult. aux  
 Instituts, *de successione cognatorum*,  
 quoique quelques-uns ayent estimé que  
 si le pere & l'ayeul ont dérogé, la No-  
 blesse est perduë de même qu'elle est  
 acquise, lorsque le pere & l'ayeul ont  
 été revêtus de Charges qui les ont an-  
 noblis; mais cet Auteur assure qu'on

n'observe pas la même rigueur en France, & que la Noblesse se conserve nonobstant les derogances, jusqu'à la septième generation; par cette raison qu'on ne tient pas seulement du pere & de l'ayeul la Noblesse de sang & d'ancienneté, mais generalement de tous les ancêtres. L'on convient au surplus que les fonctions honorables de Juges, Avocats, Medecins, ne derogent point à la Noblesse, encore qu'ils en tirent quelque profit; parce que ce qu'on leur donne n'est pas pour le juste loyer de leur travail, mais une gratification qui est plutôt une marque d'honneur qu'une recompense, & c'est pourquoi elle est appelée honoraire. Mais ces fonctions n'attribuent pas la Noblesse si on ne l'a d'ailleurs, quoiqu'elle la rende plus considerable; ce qui a lieu non seulement à l'égard des Avocats des Cours superieures, mais encore de ceux qui plaident devant les Juges subalternes, pourvû qu'ils n'exercent la fonction de Procureur conjointement à celle d'Avocat, comme on le pratique en certains lieux: car en ce cas la fonction d'Avocat en Cour subalterne deroge à la Noblesse; Loiseau rapporte des Arrêts au Traité

D U D R O I T F R A N Ç O I S. 79  
ci-dessus cité, qui ont été rendus en fa-  
veur des Avocats. Le Roy a encore fait  
deux Declarations par lesquelles il est  
porté que le commerce maritime & en  
gros ne deroge point à la Noblesse. Ce  
qui est conforme au sentiment de Ciceron  
dans les Offices, où il dit que le gros  
commerce qui porte l'abondance de tous  
côtés dans les Etats, & pourvoit large-  
ment à toutes les necessitez & commodi-  
tez du peuple, contribué beaucoup à  
leur felicité : & qu'ainsi ceux qui l'exer-  
cent meritent qu'on ait pour eux une  
estime & une consideration particu-  
liere.

Il y a à remarquer en dernier lieu,  
que les usurpateurs de la Noblesse qui  
sont condamnez à l'amende de 2000. liv.  
suivant la Declaration du Roy de l'an  
1644. ne sont assujetis à cette peine que  
quand ils ont pris la qualité de Nobles  
dans quelque acte authentique où ils  
sont parties contractantes ; & qu'enfin  
par l'Arrêt du Conseil du 26. Fevrier  
1697. il est ordonné que l'usurpation  
sera suffisamment prouvée par deux ex-  
traits en forme de contrats passez devant  
Notaire & autres personnes publiques, où  
les parties contrevenantes auront signé,

80 INSTITUTIONS  
ou sur un seul extrait de partage, donation, testament, contrat de mariage : & qu'ainsi ceux qui se seront faits mettre dans le nombre des exempts aux rôles des tailles, & qui auront pris la qualité de Noble dans un seul acte signé d'eux, pourront être condamnez sur un extrait dudit rôle des tailles & dudit contrat : ce qui n'a lieu pourtant que contre les usurpateurs mêmes, pendant leur vie ; car ce crime, comme presque tous les autres, est éteint par la mort : & leurs veuves & leurs enfans ne sont point sujets à la peine s'ils n'ont point joiüi du privilege des tailles, ou pris la qualité de Nobles à la maniere ci-dessus exprimée.

---

#### CHAPITRE IV.

##### *De la puissance paternelle.*

**I**L a été montré ci-dessus que la première division des personnes en libres & en esclaves, & la seconde des libres en ingenus & en affranchis, ne subsiste plus parmi nous après l'abolition des servitudes personnelles, & que ce que nos Auteurs François ont crû avoir

quelque ressemblance seulement aux ingenus & affranchis, étoient les Nobles & les annoblis, & ceux qui sont délivrez par leur Seigneur du joug des servitudes dont il a été parlé ci-dessus, dans les coûtumes où elles ont été retenues. Mais ce n'est pas une petite difficulté de sçavoir si la seconde division des personnes qui sont independantes de la puissance d'autrui, & usent de leurs droits, comme on parle dans le pays coûtumier, ou qui sont sujettes, a encore lieu en France. A l'égard de la puissance paternelle civile, telle qu'elle se trouve établie par les loix Romaines, à commencer par celles des douze tables, dont la dureté se trouve adoucie par celles des Empereurs & des Jurisconsultes, rapportées dans les livres de Justinien, cette puissance étoit si excessive dans son commencement, qu'elle donnoit aux peres le droit de vie & de mort sur leurs enfans, comme il est déclaré par la loi *in suis*, au dig. *de liberis & posthumis*, & dans la loi dernière du Code, au tit. *de patriâ potestate*; comme aussi de les vendre en cas de nécessité, & lorsqu'ils n'étoient point en état de les nourrir. Pour ce qui concerne la puissance pa-

ternelle naturelle, qui dépend du second precepte du Decalogue, elle est appelée par Valere le Grand *patria majestas*, fondée comme il dit, *in dono vite & beneficio educationis*, étant du droit des gens, leg. 2. ff. de *justitia & jure*; elle est également respectée par toutes les nations, & particulièrement par celles qui font profession du Christianisme. Or les effets de cette puissance paternelle civile qui ont été remarquez par la glose sur le §. 1. du titre de *patria potestate*, aux Instituts, sont que la jouissance de tous les biens advenus par droit de succession aux enfans de famille, ou qu'ils ont acquis par leur industrie, appartient au pere: & que les enfans n'en peuvent pas même disposer pour la propriété, si ce n'est des biens qu'ils ont gagnez à la guerre, au Barreau & dans l'exercice des Charges publiques, ce qu'on appelle *castrense*, ou *quasi castrense*; hormis en faveur des enfans, au profit desquels ils en peuvent disposer par testament même sans le consentement du pere, & de la cause pie, avec son consentement seulement, par une Jurisprudence singuliere du Parlement de Toulouse, rapportée par Mainard, livre cinquième, chapitre

DU DROIT FRANÇOIS. 83  
premier, & Duranty, question 21.  
où Ferrieres atteste le même usage ;  
& qu'il ne leur est pas permis de s'obliger  
civilement pour argent prêté ; qu'ils  
n'ont point leurs propres enfans sous  
leur puissance, parce qu'ils sont sous  
celle de leur ayeul ; qu'ils ne peuvent  
contracter mariage contre leur gré, &  
sans leur consentement ; que les peres  
peuvent substituer aux enfans pupilles,  
& faire testament pour eux des biens qui  
leur appartiennent en propriété ; leur  
nommer des tuteurs pour administrer  
leurs biens, pourvoir à leur éducation,  
& à plus forte raison, administrer les  
biens eux-mêmes, & même être leur  
tuteur legitime, & que les donations faites  
par les peres aux enfans qui sont sous leur  
puissance, quoiqu'elles soient conçues en  
forme de donation entre vifs, ne sont pas  
irrevocables, & n'ont leur effet que  
lorsque le pere en mourant les a confir-  
mées par son silence ou par une disposi-  
tion expresse, en telle sorte qu'elles ne sont  
considérées que comme de simples dona-  
tions, à cause de mort, selon la décision  
de la loi 25. au Code, de *donationibus  
inter virum & uxorem*. Et qu'enfin un  
pere n'est jamais tenu de donner caution

à son fils pour quelque cause que ce soit, suivant la loi, *Imperator*, au dig. *ad Senatusconsultum Trebellianum*.

Le premier qui a meu cette question de la puissance paternelle en France, a été Acurse, sur le titre des Instituts *de patriâ potestate*, où il ne fait pas difficulté de soutenir qu'elle n'y est pas en usage, se fondant sur ce que Justinien a avancé en cet endroit que la puissance paternelle est un chef-d'œuvre particulier de la loi Romaine, & qu'il n'y a aucune autre nation qui l'ait portée à un si haut degré de perfection. Et certes, si l'on fait reflexion que le Droit Romain n'a pas dans la plus grande partie du Royaume, la force ni l'autorité de loi, comme dans tout le pays qu'on appelle coûtumier, on n'aura pas peine à convenir que la puissance paternelle n'y a pas lieu; & cela résulte de la disposition de la plûpart des Coûtumes, & a fait qu'Antoine Loysel, dans les Instituts du Droit coûtumier, au tit. *des personnes*, art. 36. donne comme une maxime certaine que la puissance paternelle n'est pas en usage dans le pays coûtumier. Ce qui est confirmé par Brodeau, sur Louet, lett. M. n. 18. & par Bodin, c. 3.

DU DROIT FRANÇOIS. 85  
liv. I. de la Republ. & c'est par rapport  
à ces Coûtumes que l'opinion d'Acurse  
peut être véritable, mais elle ne peut être  
soutenuë à l'égard des pays regis par le  
Droit écrit, & de quelques Provinces  
même du Droit coutumier : parce qu'il  
est certain & notoire que dans le Pays  
du Droit écrit, la puissance paternelle  
y regne avec tous les droits dont elle est  
avantagée par la Loi Romaine. Elle est  
même reconnuë dans quelques Provinces  
du Droit coutumier, qui sont marquées  
par M. Claude Ferrieres, dans ses In-  
stituts sur ce titre ; & on convient que  
les Parlemens établis dans le Pays cou-  
tumier, qui ont dans leur ressort des  
Provinces regies par le Droit écrit, com-  
me sont le Lyonois, Baugelois, Forest,  
& partie de l'Auvergne, dans celui de  
Paris, ne font pas difficulté de recevoir  
la puissance paternelle, suivant la loi, *Si  
quis inter*, §. 1. ff. de *excusationibus tuto-  
rum vel curatorum*. C'est ce qui est nom-  
mément attesté pour le pays du Droit  
écrit, & sur-tout pour le ressort du Par-  
lement de Toulouse, par M. Duranty,  
quest. 21. Mainard, l. 2. c. 95. & l. 5. c. 2.  
& pour le Pays coutumier par Imbert,  
en son Manuel du Droit, chap. 63. où il

en rapporte un Arrêt qui l'a jugé. La raison d'Acurse pour abolir entièrement la puissance paternelle paroît assez légère : en effet ce que Justinien a dit qu'il n'y avoit aucune autre nation qui eût une puissance paternelle telle que les Romains, ne sert qu'à faire voir que cette puissance est toute Romaine dans sa naissance, & dans l'accroissement qui l'a portée jusques à sa dernière perfection. Mais cela n'empêche pas qu'elle n'ait pû être reçue dans la suite chez les autres nations par imitation, & par une espece d'adoption, comme les Romains reçurent eux-mêmes les Loix des Rhodiens pour la navigation & le commerce maritime, comme il est marqué par la loi *deprecatio*, ff. ad leg. *Rhodium*, ce qu'ils avoient fait à la naissance de leur Republique à l'égard des Loix de la Grece, pour en composer celles des douze Tables. Or cette puissance paternelle est seulement acquise par le mariage, & par l'adoption, comme il est marqué au commencement de ce titre, & de celui *de adoptionibus* aux Instituts; ce qui fait voir qu'elle n'est que pour les enfans qui sont nez d'un legitime mariage, parce que le seul pere que la

DU DROIT FRANÇOIS. 87  
loi reconnoît, est celui qui a pour titre  
authentique de sa paternité, le contrat de  
mariage : d'où vient que c'est une regle  
fondamentale rapportée dans la loi 5. ff.  
*De in jus vocando*, que *pater est, quem  
justa nuptia demonstrant*; ce qui étant  
ainsi, c'est avec beaucoup de raison que  
Justinien a fait suivre après ce titre ceux  
du mariage & de l'adoption, & je ne  
puis mieux faire que de suivre son exem-  
ple.

---

## CHAPITRE V.

### *Du Mariage.*

**L**E mariage parmi les Romains étoit  
un contrat purement civil, qui éta-  
blissoit une société véritablement par-  
faite à la vérité, & une communication  
entière de tout droit divin & humain  
entre les mariez. En telle sorte qu'elle  
étoit comme le seminaire des Etats,  
la source & l'origine de la société civile,  
le fondement des familles qui composent  
les Républiques, qui servent à former  
leur police, & dans lesquelles la reve-  
rence des enfans envers leurs peres, est  
le lien & le modele de l'obéissance legi-

tine des sujets envers leur Souverain ; qui étoit favorifée de plusieurs privileges & graces fingulieres. Mais quoiqu'elle fût perpetuelle dans fon premier projet , & dans l'intention des contractans , on en souffroit pourtant la dissolution, même du temps des Empereurs Chrétiens, pour les caufes qui font exprimées dans la loi *Consensu* , au Code de *repudiis* , & les autentiques qui y font rapportées. Cette Jurifprudence a été reformée par celle des fiecles fuivans , & par la confideration plus attentive de la loi du Chriftianifme , laquelle ayant élevé le mariage à la dignité d'un des Sacremens que Dieu a instituez pour notre fanctification , lequel contient la representation myftique de l'union de Jesus-Christ avec fon Eglife , en a fait un lien facré , qui eft eftreint & ferré par Dieu même , & qui par confequent ne peut être dif-fous par aucune puiffance humaine , *Quod Deus conjunxit , homo non feperet*. C'eft pourquoi il n'y a plus de dissolution de mariage parmi nous , lorsqu'il a été bien & duëment contracté ; & les mauvais déportemens d'un des mariez ne peuvent jamais operer qu'une fimple feparation temporelle des corps & des

biens, laquelle ne touche pas au lien du Sacrement, & ne peut même être faite par la simple convention des parties, mais seulement par l'autorité des Juges. Et ainsi dans nos mariages il y a deux choses qui en composent la substance & les obligations; la première est le Sacrement, qui consiste dans le consentement réciproque, & acceptation mutuelle en présence du Curé de l'un ou de l'autre sexe.

Cette présence du Curé a été rendue nécessaire, par la précaution nouvelle du Concile de Trente, en la section 24. *De reformatione*, chap. 1. lequel voulant arrêter le cours des crimes qui étoient commis à l'occasion de ce que les mariages étant valables par le seul consentement des parties, encore qu'ils ne fussent pas célébrés à la face de l'Eglise, étoient contractés clandestinement & tenus secrets; demeurant par ce moyen inconnus, les mariez passaient à de secondes noces, qui ne pouvoient être qu'une conjonction adulterine, parce que le premier mariage étant valable subsistait. Et comme ce mal ne pouvoit être puni, parce qu'il étoit impossible de le découvrir, le Concile crut qu'il

étoit nécessaire de le prévenir, ce qu'il fit, en ordonnant que le mariage ne pourroit être contracté qu'après la publication des bans, & en présence du Curé, d'une des parties contractantes, en présence de deux ou trois témoins, déclarant par son Decret irritant, que ceux qui voudroient se marier sans observer cette formalité, seroient inhabiles de plein droit à contracter mariage, & leur consentement nul : *Qui aliter quàm presente Parocho, vel alio Sacerdote, de ipsius Parochi seu Ordinarii licentiâ, coram duobus vel tribus testibus, matrimonium contrahere attentabunt, eos sancta Synodus ad sic contrahendum omnino inhabiles reddit & hujusmodi contractus irritos & nullos decernit.* En quoi le Concile n'a pas changé ni touché à la substance du Sacrement, qui consiste toujourns dans le consentement mutuel des mariez; mais il a prescrit la forme qu'on doit garder pour donner valablement ce consentement, qui doit être la matiere du Sacrement, & les conditions nécessaires pour rendre les personnes habiles à contracter.

Ce nouveau Reglement a changé la Jurisprudence des Decretales, au chap.

*Veniens is qui fidem*, aux Decretales, *desponsalibus*, & au chap. *Per tuas*, aux Decretales, *de conditionibus appositis*, & autres semblables, par lesquels le mariage étoit presumé contracté lorsque la promesse de s'épouser avoit été suivie de la consommation; & si ce fait étoit prouvé, le mariage étoit déclaré sans difficulté valable, comme il est rapporté dans le lieu ci-dessus cité du Concile de Trente; ce qui a été trouvé si saint & si nécessaire, que le Concile a été reçu avec applaudissement en France, & sur-tout par l'art. 40. de l'Ordonnance de Blois, qui en ordonne l'exécution, aussi-bien que des autres Conciles qui ont ordonné la publication des bans; car c'est ce que signifient les termes de l'Ordonnance: *seront épousées publiquement, le tout sous les peines portées par le Concile*: publiquement, c'est-à-dire en présence du Curé, *in facie Ecclesiæ*. C'est ce que Saint Paul appelle *nubere in Domino*; & le Pape Evariste, canon 1. cause 30. question 5. *sacerdotalem benedictionem*; & c'est pourquoi depuis cette Ordonnance nous ne reconnoissons plus ces mariages presumez: & les citations qu'on donnoit auparavant

devant le Juge d'Eglise, *In casu rati & presumpti matrimonii propter sponsalia & copulam subsequutam*, seroient déclarées abusives ; parce qu'il n'y a point de mariage ni de Sacrement s'il n'est célébré en présence du Curé, & sanctifié par la benediction nuptiale ; & c'est par cette raison que ladite Ordonnance de Blois, en l'article 45. défend aux Notaires de passer ou de recevoir aucune promesse de mariage par paroles de presens ; ce qui a été suivi par une foule d'Arrêts de tous les Parlemens de France.

La seconde chose qui compose nos mariages, est le contract civil, de la validité duquel dépendent tous les effets civils, qui font l'état, la qualité & les droits des mariez & de leurs enfans, les successions, les avantages nuptiaux, la dot, le doüaire & l'augment, & tous les autres droits attribuez & confirmez par les loix temporelles.

Quant à ce qui regarde le Sacrement & le lien du mariage, il dépend sans doute des loix de l'Eglise, & la connoissance en appartient même à ses Juges, suivant l'article 4. de l'Ordonnance de 1539. qui reserve spécialement à la jurisdiction ecclesiastique, la connoissance

DU DROIT FRANÇOIS. 93  
de toutes les matieres des Sacremens ; ce  
qui est encore plus particulierement or-  
donné pour ce qui concerne le Sacre-  
ment de mariage , par l'article 12. de  
l'Edit du Roy Henri IV. de l'an 1606.  
qui déclare formellement que cette con-  
noissance appartiendra aux Juges d'E-  
glise , à la charge qu'ils seront tenus de  
garder les Ordonnances , & nommément  
celle de Blois , art. 40. & déclara-  
rer les mariages qui n'auront pas été faits  
en l'Eglise & suivant la forme prescrite  
par led. art. nuls & non valablement con-  
tractez , comme étant cette peine indite  
par les Conciles. Mais pour ce qui con-  
cerne les effets civils , la connoissance en  
appartient aux Parlemens, où l'on se pou-  
voit par la voye de l'appel comme d'a-  
bus, contre les mariages, où la forme pres-  
crite par les Conciles & les Ordonnances  
n'a pas été observée , pour faire priver  
les mariez & les enfans de tous les avan-  
tages qui leur sont acquis par le contrat  
de mariage lorsqu'il est passé suivant les  
Constitutions canoniques & les Ordon-  
nances ; & pour lors, comme a très-bien  
remarqué Brodeau sur Louet , lettre M.  
n. 18. & après lui celui qui a fait les notes  
marginales sur Fevret , liv. 5. chap. 2.

nombre 19. les Parlemens & les Cours  
 feculieres ne prennent tant pas connoif-  
 fance du mariage comme Sacrement, que  
 comme d'un contrat civil : & l'execu-  
 tion des jugemens & Arrêts concernent  
 plutôt les effets civils ; auffi ils ne dé-  
 clarent pas nuls les mariages, mais non  
 valablement contractez, étant vrai  
 quelquefois que dans le fore interne &  
 de conscience, il y a mariage quant  
 au Sacrement, & qu'il n'y en a pas pour  
 ce qui concerne le fore externe & les  
 effets civils, qui dépendent des loix des  
 Princes temporels, qui ont fans doute  
 la puiffance de statuer ce qu'ils trouvent  
 juſte & neceſſaire pour la police des  
 mariages & pour la forme de leurs con-  
 trats, par rapport aux avantages qu'ils  
 produiſent dans la ſociété civile, comme  
 a fort bien enſeigné Sanchez au Traité  
 du mariage, liv. 3. diſputation 47. nom-  
 bre 12. de même que l'Egliſe a la puis-  
 ſance de regler la validité dudit contrat  
 par rapport au Sacrement, *vel inhabi-  
 litando perſonas, vel impediendo ne va-  
 leat traditio corporum & conſenſus*, ſui-  
 vant la doctrine du même Auteur, au  
 même liv. diſputation 4. & 5.

Les conventions matrimoniales qui

regardent la dot, le doüaire ou augment, & les gains nuptiaux, même la succession des enfans, sont ordinairement réglées par les contrats de mariage, qui sont passez avant la celebration en face d'Eglise; mais ces conventions étant conditionnelles, parce que la condition de la celebration du mariage y est toujours sous-entenduë, suivant la décision du §. 2. de la loi 4. *de pactis*, au dig. Il est vrai de dire que ces conventions n'ont leur effet, & qu'elles ne reçoivent leur consommation que par la celebration qui est faite en présence du Curé; & c'est de cette celebration que dépendent principalement l'état de la femme & des enfans, & le droit de succession. C'est pourquoy il est nécessaire de la faire déclarer nulle par le Juge seculier, pour empêcher qu'elle ne puisse avoir aucun de ses effets civils: & c'est ce qui fait qu'on releve appel comme d'abus aux Parlemens desdites celebrations, lorsqu'on y a procedé sans y observer la forme prescrite par les Conciles & Ordonnances; que ce n'est pas le Curé qui a donné la benediction nuptiale, que la publication des bans a été entierement obmise; que le enfans des familles ont

contracté & célébré le mariage sans le consentement de leurs peres & meres, tuteurs & curateurs, car ce sont les moyens d'abus qu'on employe avec une sûreté entiere de leur succès : puisque le premier est fondé sur l'expresse disposition du Concile de Trente, & celle de l'ordonnance de Blois, de l'Edit de 1606. 1629. & 1639. Il en est de même du second, encore que l'opinion commune soit que la publication des bans n'est pas de l'essence du Sacrement de mariage, parce qu'il n'en est pas fait mention dans la clause irritante du Concile de Trente ; il semble que la nécessité en est établie par l'ancien usage de l'Eglise, puisque Tertulien en a parlé au liv. 12. *ad uxorem*, & les appelle *trinundinam promulgationem*, & par les Conciles de France ; sçavoir le sixième d'Arles, celui de Tours de l'an 1520. & plusieurs autres ; & par celui de Latran rapporté au chap. *Cum inhibitio*, aux Decretales, de *clandestina desponsatione* ; & que l'Ordonnance de Blois en a prescrit l'observation par des termes négatifs, *ne pourront valablement contracter mariage sans proclamation precedente des bans*, qui emportent sans difficulté

difficulté la nullité des actes qui sont faits contre la prohibition de la loi : ce qui est encore exprimé formellement dans l'art. 39. de l'Ordonnance de 1629. & dans le premier de celle de 1639. qui portent que les mariages contractez contre la teneur de ladite Ordonnance de Blois, seront déclarez non valablement contractez ; & que de plus , la publication des bans sera faite dans chacune des Paroisses des parties contractantes par leur Curé , si elles ne sont pas d'une même Paroisse. En telle sorte qu'il est même nécessaire qu'il y ait un intervalle compétant entre la publication des bans & la celebration du mariage : *Ut intra illud qui voluerint & valuerint legitimum impedimentum opponant*, comme il est dit dans le chapitre *inhibitio*, déjà cité. Ainsi c'est une Jurisprudenc e certaine aujourd'hui que les Parlemens déclarent les mariages contractez sans precedentes publications d'aucuns bans abusifs : faisant toutefois difference des personnes majeures ou mineures qui usent de leurs droits, ou qui sont sous la puissance d'autrui.

Et quant à ce , on trouve que c'est ce que dictent le Droit naturel, les preceptes du Decalogue , les loix civiles ,

l'honnêteté, la bienſeance. Pour reconnoître à cet égard le concours de toutes ces autoritez, il n'y a qu'à voir d'abord ce qui nous eſt représenté dans l'Ecriture ſainte par les mariages d'Iſaac & de Tobie, dans les anciens Decrets du Pape Evaritte & autres ſaints Peres, rapportées dans le Canon premier & ſuivans de la queſtion cinquième de la cauſe trentième de Gratien, qui prononcent clairement la nullité des mariages contractez par les enfans de famille contre la volonté & ſans le conſentement de leurs parens. Si dans la ſuite on a crû que ce conſentement n'étoit pas de l'eſſence du mariage, & qu'il n'étoit requis que par l'honnêteté, & non pas par neceſſité; c'étoit un relâchement de l'ancienne police de l'Egliſe, qui étoit contraire aux bonnes mœurs, & mettoit le deſordre dans les familles, dont il cauſoit ſouvent la deſtruction. Les Ordonnances de nos Rois ont jugé neceſſaire d'en arrêter le cours: ce qui fut commencé par l'Ordonnance de Henri II. de l'an 1556. par laquelle il eſt permis aux peres & meres de deſheriter les enfans rebelles, qui ſont ſi hardis de ſe marier ſans leur conſentement,

& de revoquer par ingratitude les donations qu'ils pourroient avoir faites en leur faveur, & en consequence de l'Ordonnance de Blois, audit article 40. ayant défendu aux Curez de proceder à la celebration du mariage, sans s'enquerir de la qualité de ceux qui veulent se marier, avec défense de passer outre, s'il ne leur apparoiſſoit du consentement des peres & meres, tuteurs ou curateurs, sous peine d'être punis comme fauteurs du crime de rapt; & les Ordonnances subsequentes ci-dessus rapportées, ayant nommément statué que les mariages contractez contre la teneur dudit article, seroient déclarés non valablement contractez, les Parlemens ne font plus aucune difficulté de le faire sur les appellations comme d'abus qui sont interjetées devant eux de la celebration de ces mariages. Et il est notable que les Ordonnances n'ont pas eu tant d'égard dans leur disposition à la raison civile tirée de la puissance paternelle, qu'à la raison naturelle prise de la loi de Dieu, & du respect filial qui est également dû aux parens de l'un & l'autre sexe: *Debetur enim equalis pietas, etsi inequalis sit potestas*, comme dit le Jurisconsulte en la loi 4. ff. de

*curatoribus furioso vel aliis dandis.* Ce qui est conforme à la lettre des anciens Canons, qui desirerent le consentement des peres & meres ; & c'est pourquoy l'Ordon. fait nommément mention de celui des meres, qui est ordinairement conforme à celui des peres. Mais en cas de discorde celui des peres doit prévaloir : parce que les peres sont les chefs & les maîtres de leur famille ; tellement que le consentement des meres n'est absolument nécessaire que lorsque le pere étant mort, elles lui ont succédé, & recueillies par une espece de devolu toute son autorité ; & c'est ainsi qu'il faut entendre les Ordonnances, qui sont plus difficiles à concevoir, sur ce qu'elles donnent le même droit aux tuteurs & aux curateurs.

Le Droit Romain semble bien accorder cet avantage au tuteur en la loi premiere, *Cod. De nuptiis*. Mais il le refuse nommément aux curateurs, parce que leur charge ne leur donne aucun pouvoir sur la personne des mineurs ; mais seulement pour l'administration des biens, comme il est dit en la loi *Sciendum*, ff. *de nuptiis*, & en la loi *in copulandis*, du Codeau même titre. Mais l'Ordonnance de Blois & les autres sub-

sequentes, ont jugé qu'il étoit nécessaire d'obliger les mineurs de se conduire par l'avis des tuteurs & curateurs, afin d'empêcher qu'ils ne s'engagent point legerement à des mariages defavantageux. Mais pour empêcher que les tuteurs & curateurs ne puissent pas abuser de ce pouvoir, la même Ordonnance de Blois l'a limité par l'article 43. en leur défendant d'accorder aucun mariage de leurs pupilles & mineurs sans l'avis & consentement de leurs plus proches parens; ce qui a été tiré de cette loi premiere déjà citée, & contient une precaution très-salutaire & nécessaire pour l'avantage des mineurs, qui sont par ce moyen assistez du conseil de leurs parens dans une action si importante. Il faut pourtant se resouvenir de ce qui a été touché ci-dessus: que les enfans de famille peuvent contracter mariage; sçavoir les filles après avoir atteint l'âge de 25. ans, & les garçons celui de 30. pourvû qu'ils ayent requis le conseil de leur pere & mere: ce qui est induit de l'Ordonnance de 1556. laquelle permettant l'exheredation des enfans de famille qui se marient contre le consentement des peres & meres, en a excepté les enfans

majeurs de 25. ou 30. ans, suivant la difference du sexe; ce qui opere une permission légale après cet âge, fondée sur la necessité des mariages, laquelle rend ce mariage licite; en telle sorte que les peres & meres, & moins encore les parens, ne seront pas reçus à en être appellans comme d'abus, ni de les punir par l'exheredation ou par la revocation des donations.

Quand un mariage a tous les défauts ci-dessus observez ou même quelques-uns, on l'appelle clandestin, & l'on convient sans contestation que le défaut de présence du Curé & des témoins, empêche l'existence du Sacrement. Mais il y a des Theologiens qui ont douté si le défaut de publication des bans, & du consentement des peres & meres a le même effet. Ce qui a augmenté le doute sur ce dernier point, est la disposition du Concile de Trente au lieu déjà cité, où il déclare anathême tous ceux qui oseront soutenir que ces mariages sont nuls; ce qui n'a pas empêché plusieurs grands personnages de soutenir le contraire, & de dire qu'à cet égard le Concile de Trente n'est pas observé en France; & c'est ainsi que l'a tenu nommément

Monsieur Doujat, celebre Professeur en Droit Canonique de l'Université de Paris, dans ses notes sur le titre *de nuptiis*, des Institutions Canoniques de Lancelot; mais il est dur de parler de cette maniere de la declaration du Concile en une chose qui semble regarder la doctrine & l'interieur de la conscience; & c'est une question qui d'ailleurs paroît inutile pour le fore exterieur & seculier, où il suffit que le mariage soit déclaré non valablement contracté quant aux effets civils: puisque à cet égard cela a le même effet que s'il étoit nul quant au Sacrement; & le mariage étant déclaré comme illicite, les Juges Laïques peuvent même défendre aux parties de se frequenter & de vivre ensemble, & les punir s'ils le font, parce que c'est une entreprise qui est renduë illicite par la prohibition de la loi.

On tient encore les mariages pour clandestins lorsqu'ils sont tenus secrets, & que les mariez ne vivent pas ensemble & ne se déclarent pas publiquement mariez, en se donnant mutuellement le nom de mari & de femme, & l'avouant en toutes sortes d'occasions. L'Ordonnance de 1639, art. 5. déclare que ces

mariages tiennent plus de la honte du concubinage que de la dignité du Sacrement ; & c'est pourquoy elle veut qu'ils soient déclarez non valablement contractez , & que les mariez & les enfans qui en sont provenus , soient privez de tous les avantages des effets civils ; & la même chose est ordonnée par l'article 6. contre les enfans qui sont nez des femmes que les peres ont entretenues , & qu'ils épousent l'orsqu'ils sont à l'extrémité de vie ; comme aussi contre les enfans procréez par ceux qui se marient après avoir été condamnez à mort , même par des sentences rendues par défaut , si avant leur decès ils n'ont été remis au premier état , suivant les voyes prescrites par les Ordonnances. L'ancienne Jurisprudence des Arrêts du Parlement de Toulouse , rapportez par Monsieur Dolive , liv. 3. chap. 1. de ses questions notables concernant le mariage des moribons qui avoit commencé *ab illicitis* , a été très-justement changée ; & il y a un Arrêt celebre du Parlement de Paris , au troisiéme tome du Journal des Audiances , liv. 1. chap. 5. par lequel il a été déclaré que le mariage contracté par un homme dans la maladie dont il

decede ; quelque temps qu'elle ait duré , avec celle qu'il a entretenuë auparavant , tombe dans la disposition de l'Ordonnance.

Quoiqu'il n'y ait rien de plus juste ni de plus saint que les Reglemens des Conciles & des Ordonnances pour la celebration des mariages , ceux qui se laissent emporter par leurs folles passions , cherchent toutes sortes des moyens pour les éluder ; & un de ceux dont ils se servent le plus souvent est de changer de Paroisse , & d'aller prendre leur habitation dans une autre , où par une courte résidence ils prétendent de devenir Paroissiens , & de pouvoir se faire donner la benediction nuptiale par ce nouveau Curé , & lui faire faire la proclamation de leurs bans à l'insçu de leurs parens , ce qui étoit en effet une nouvelle maniere de clandestinité , qui avoit les mêmes inconveniens , & même de plus grands que celle qui avoit été abolie par les Ordonnances ci-dessus rapportées ; c'est pourquoy pour y remedier le Roy a fait un Edit du mois de Mars 1697. par lequel Sa Majesté en ordonnant l'execution de ses precedentes Ordonnances , statuë de nouveau que les Con-

ciles qui regardent la nécessité de la présence du Curé pour les mariages, seront exactement observez : & en execution défend à tous Curez & autres Prêtres, tant seculiers que reguliers, de conjoindre au mariage autres personnes que celles qui sont leurs vrais & ordinaires Paroissiens, demeurans actuellement & publiquement dans leur Paroisse, du moins depuis six mois à l'égard de ceux qui demeuroient auparavant dans une autre Paroisse de la même ville ou dans le même Diocese, & depuis un an pour ceux qui demeureront dans un autre Diocese; si ce n'est qu'ils ayent la permission speciale ou par écrit de leur Curé, ou de l'Archevêque ou Evêque Diocesain de la même Paroisse, ce qui doit être entendu de l'ancien Curé, Archevêque ou Evêque Diocesain, de ceux qui ont changé depuis peu de domicile. Et il est enjoint aux Curez & Prêtres qui font la celebration, de s'informer du domicile des contractans, aussi-bien que de leur âge & de leur qualité, & de faire attester le tout par quatre témoins dignes de foi, qui signent le registre des mariages, s'ils sçavent écrire; aufquels témoins ils déclareront les peines decer-

nées contre les témoins qui attestent faussement la qualité & domicile des contractans ; & si le Curé & autres Prêtres procedent sciemment à la celebration du mariage de ceux qui ne sont pas leurs Paroissiens, le procès leur doit être fait par les Juges Royaux , pour les condamner à la privation des fruits de leur benefice , & au bannissement pour le temps marqué par ledit Edit ; & à l'égard des reguliers, à être releguez dans un Monastere hors des Provinces qui seront marquées par les Arrêts ; & à de plus grandes peines lorsqu'ils prêtent leur ministere pour la celebration des mariages , en cas de violence & de rapt. Il est de plus ordonné que le procès sera fait à ceux qui ont supposé être peres , meres , tuteurs & curateurs pour l'obtention des permissions de celebrer les mariages , dispenses des bans & des mains levées , des oppositions faites à la celebration des mariages , & les témoins qui ont attesté faussement la qualité , l'âge ou le domicile, seront condamnés ; sçavoir les hommes à faire amende honorable & aux galeres pour le tems que les Juges jugeront à propos ; & au bannissement , s'ils ne sont pas en état de

subir les peines des galeres : & les femmes à l'amende honorable & au bannissement, qui ne pourra être moindre que de neuf ans. Le domicile des enfans de famille & mineurs de 25. ans, est déclaré celui de leurs peres, meres, tuteurs curateurs; & en cas qu'ils ayent un autre domicile de fait, la publication des bans sera faite dans celui des peres, meres, tuteurs & curateurs, & en ce domicile de fait. Il est permis aux peres & meres d'exhereder les filles, même veuves & majeures de 25. ans, qui se marieront sans avoir requis par écrit leur avis & conseil; & les fils & filles même majeurs de 25. ou 30. ans, qui demeurant actuellement avec leur pere & mere, contractent à leur insçu des mariages dans une autre Patoisse, sous prétexte de quelque logement qu'ils y ont pris depuis peu de temps auparavant leur mariage, sont déclarez déchus par le seul fait, ensemble leurs enfans, des successions de leurs pere, mere & ayeul, & de tous les autres avantages qui pourroient leur être acquis, en quelque maniere que ce soit, même de la legitime; & les peines des mariages contractez *in extremis*, par ceux qui avoient vécu

dans la débauche, qui n'avoient lieu que contre les hommes, sont déclarées communes aux femmes.

Il est mal aisé ce semble de rien ajouter à tous ces salutaires Reglemens pour la bonne police des mariages; mais le Roy ne voulant rien ômettre de ce qui peut contribuer à la dignité de ce Sacrement, a par sa Declaration du 5. Juin 1697. ordonné que les Cours des Parlemens & autres Juges Royaux, lorsqu'ils jugeront des causes, ou des procès, dans lesquels il s'agira de mariages contractez pardevant d'autres Prêtres que les propres Curez, sans avoir obtenu les dispenses necessaires, ordonneront que ceux qui prétendent avoir contracté des mariages de cette maniere, se retireront pardevant les Archevêques & Evêques pour les rehabiliter, suivant les formes prescrites par les Conciles & par les Ordonnances, après avoir accompli la penitence salutaire qui leur sera par eux imposée telle qu'ils jugeront à propos. Le terme de rehabiliter est relatif à la disposition du Concile de Trente, qui déclare inhabiles à contracter mariage ceux qui le veulent contracter pardevant d'autres Prêtres que leur Curé; ce qui

marque qu'ils doivent le célébrer derechef avec la publication des bans dans leur Paroisse, & devant leur propre Curé, ou en quelque autre lieu, & par tel autre Prêtre qui aura permission du Curé par écrit, ou de l'Evêque Diocésain.

Il est permis au Procureur du Roy de faire des poursuites d'office en cas de contraventions commises au sujet de ces mariages, pour faire decerner les peines portées par les Ordonnances: & aux Promoteurs de Messieurs les Evêques, lorsqu'il ne sera fait aucune procédure par les Officiers Royaux, de faire assigner les delinquans devant lesdits sieurs Archevêques & Evêques, aux fins de représenter à ces Prelats dans un temps convenable, les actes de celebration de leurs mariages; & lorsque les Prelats trouvent que ces mariages n'ont pas été faits en présence des Curez, ils peuvent enjoindre aux parties de les faire rehabiliter, suivant les formes prescrites par les Conciles & Ordonnances, & même ordonner, s'ils le trouvent à propos, qu'ils se separeront, & leur imposer une penitence salutaire. Et s'ils refusent de se separer, de faire rehabiliter, & d'ac-

complir la penitence, ils en donnent avis aux Officiers Royaux, qui ordonnent cette separation par des amendes & par d'autres peines plus grandes, s'il est necessaire, sans que cela empêche les Archevêques & Evêques de les exclure de la participation des Sacremens; ce que les Officiers du Parlement ont soin de faire executer, donnant pour l'execution de ces Ordonnances toute l'aide & main forte qui dépend de leur autorité.

Les conjonctions de ceux qui se prétendent mariez & qui vivent ensemble, en consequence des actes qu'ils ont passez pardevant Notaire du consentement reciproque avec lequel ils se sont pris pour mari & femme, n'emportent ni communauté ni aucuns autres effets civils, ni pour les mariez, ni pour les enfans qui pourroient naître d'un tel mariage.

La declaration du Roi impose la necessité de la rehabilitation, qu'elle attribué aux Evêques, avec pouvoir d'imposer une penitence salutaire, leur permet d'entrer en connoissance de la forme de la celebration du mariage, & de proceder par Censures ecclesiastiques contre les dé-

linquans; & enfin montre qu'il doit être procédé à une nouvelle célébration par le Curé, ou autre par lui commis; en telle sorte qu'il administre la bénédiction nuptiale solennellement & publiquement: ainsi un acte de Notaire par lequel il seroit déclaré & porté que les contractans ont donné leur consentement en présence d'un Notaire & témoins seroit nul & sans effet, même punissable par les Ordonnances.

Il sera pourtant observé que le défaut de publication des bans n'est pas justifié suffisamment de cela seul qu'on n'en apporte pas, & que même on n'en peut point remettre le certificat du Curé, parce qu'on présume que les bans ont été publiez lorsque le mariage a été public & apparent, & qu'il y a quelques années qu'il a été célébré, sur-tout si les bans se trouvent énoncez dans l'acte de célébration du mariage, parce que souvent les certificats des bans sont perdus par la négligence des mariez, & que cela donneroit lieu à faire déclarer la nullité de plusieurs mariages; & c'est ainsi que cela a été jugé en l'audience de la Grand' Chambre le 26. du mois de Fevrier 1704. en la cause des heri-

tiers & enfans de François Albarus Avocat, & sa veuve, contre le sieur Prieur, & la demoiselle Albarus mariez, & M. Albarus Prêtre, frere & sœur dudit François, en laquelle la Cour n'eut aucun égard au moyen d'abus pris du défaut de la publication des bans, sur ce que le certificat n'en étoit pas rapporté; mais si le mariage étoit recent, ou qu'il y eût dispence des trois bans, il y a apparence que la Cour jugeroit autrement.

La dignité de Sacrement dont le mariage est revêtu parmi nous, fait qu'on a plus d'égard, quand il est question de sa validité, à la disposition du droit canonique, qu'à celle du droit civil. C'est pourquoi nous n'observons pas ce qui est marqué par Justinien au commencement de ce titre, que le mariage est seulement contracté entre concitoyens; car quant au lien du Sacrement, il seroit bon entre un François ou Françoise, & un étranger ou étrangere, non seulement quant aux conventions qui regardent les mariez, comme a remarqué Baquet, en la seconde partie de son Traité du droit d'aubeine, chap. 17. mais aussi quant à la légitimité, & droit des enfans à la

succession de leur pere & mere, même étranger, quoique l'étranger ne puisse pas tester des biens qu'il a en France, ni succéder à ses enfans s'il n'est pas naturalisé suivant l'observat. de François Helo, Avocat au Parlement de Paris, en ses Instituts du Droit François, liv. 1. §. des empêchemens du mariage, & par l'Auteur du 3. tome du Journal des Audiences, liv. 2. chap. 10.

Par la même raison que le mariage est un Sacrement, on suit la disposition du droit Canonique pour les empêchemens dirimens, & particulièrement pour les degrez de parenté, d'alliance ou d'honnêteté publique, qui font obstacle au lien du Sacrement, & même pour l'âge que doivent avoir les fiancez pour être capables de contracter le mariage, qui est fixé par le Droit Romain à la puberté quant aux garçons, & par la capacité de concevoir quant aux femmes: *Masculi puberes, foemina autem viri potentes.* Mais parce qu'il est malhonnête de reconnoître cette puberté & capacité par l'inspection du corps, les Loix Romaines ont voulu qu'on en jugeât par l'âge de quatorze ans accomplis, & de douze ans pour les femmes. Les Canonistes ont

pourtant prétendu que par les Constitutions Canoniques il ne falloit pas toujours s'arrêter à cet âge pour la validité du Sacrement, & qu'on devoit tenir pour pubere celui qui *ex habitu corporis puberem se ostendit & generare potest*, suivant le chap. *Puberes, de desponsatione impuberum*, & que *malitia & prudentia potest supplere aetatem*, comme il est dit au chap. *de illis 9.* & au chap. dernier du même titre, où il est à remarquer que *malitia & prudentia*, signifient la puissance de remplir le devoir nuptial, & le discernement nécessaire pour connoître les obligations & les engagements du mariage, comme l'ont remarqué la glose Canonique sur ce chap. dernier, & Du Moulin en sa note sur le chapitre *de illis*; mais on suit en France plus communément le Decret du Pape Nicolas, rapporté dans le chapitre second du même titre, qui desire que ceux qui veulent contracter mariage aient accompli *aetatem legibus & canonibus definitam, nisi aliqua urgentissima necessitas interveniat, utpotè pro bono pacis.* C'est pourquoi les mariages des impuberes sont ordinairement déclarez nuls par les Arrêts des Cours Souve-

raines, comme on le voit par l'Arrêt 138. de Montholon, qui rapporte que le President qui le prononça, avertit les Avocats, qu'on pouvoit voir par cet Arrêt que le mariage contracté avant la pleine puberté n'étoit pas valable, si les conjoints n'ont perseveré dans le mariage après les douze ans accomplis pour les femmes & le treizième commencé, & pour les hommes le quatorzième; & Fevret en son Traité de l'abus, liv.  $\frac{3}{4}$  chap. 1. nomb. 6. atteste que c'est l'usage de France; même les nouveaux Canonistes assurent que c'est presentement la police universelle; que ce mariage doit être célébré de nouveau, *servatâ formâ Concilii Tridentini*, suivant l'observation de celui qui a fait des notes sur Fevret au lieu qui vient d'être allegué. A quoi on peut ajouter qu'on ne regle plus en France la puberté par l'inspection du corps, mais seulement par le nombre des années.

On observe encore le droit Canonique pour les empêchemens au mariage, provenans de la parenté & de l'alliance, du moins pour ce qui regarde les mariages des collateraux; car pour celui des ascendans & descendans, le droit

Canonique convient avec le droit civil à ce point, qu'il est prohibé à l'infini, comme il est déclaré par Justinien au §. 1. des Instituts. Il convient encore en ce point qu'il défend tous les mariages prohibez par le droit civil, parce que cette défense étant fondée sur l'honnêteté, *leg. semper, ff. de ritu nuptiarum*, & sur les regles de la pudeur, & le respect de la parenté, pour user des termes de Justinien au §. 6. de ce tit. le droit Canonique, qui a pour fin principale la pureté des mœurs & l'honnêteté en toutes nos actions, ne peut qu'approuver ce que le droit civil a établi pour ce regard; mais il a encheri sur le droit civil en deux manieres. Premièrement, en ce qu'il a étendu la prohibition à un plus grand nombre de degrez; parce que par le droit civil, le mariage n'étoit défendu entre les collateraux que jusques au quatrième degré exclusivement, & pouvoit par consequent être contracté entre cousins germains, suivant la loi *in copulandis, cod. de nuptiis*. Ce qui n'a pas lieu par le droit Canonique, ni ancien ni nouveau, parce que par l'ancien, dans les Canons qui sont rapportez par Gratien, cause 35. question 8,

les parens & aliez jusqu'au 7. degré ne pouvoient point se marier ensemble ; & par le nouveau du Concile de Latran rapporté dans le ch. *Non debet, de consanguinitate & affinitate*, il leur est défendu de se marier jusques au quatrième degré inclusivement, ce qui comprend les cousins germains, & plusieurs autres degrez auxquels le mariage étoit permis par le Droit Romain. Et en second lieu le droit Canonique compte les degrez de parenté & d'alliance d'une maniere toute differente du droit Civil ; en telle sorte que deux degrez du droit civil n'en font qu'un du droit Canonique : & c'est pourquoy que les freres qui ne sont qu'au second degré par le même droit civil, le sont au premier par le droit Canonique, & les cousins germains qui ne sont qu'au quatrième par le premier, sont au second par le dernier ; d'où vient que la défense des mariages passe aujourd'hui jusques aux issus des issus des cousins germains, qui sont le septième degré par le droit civil, & ne sont qu'au quatrième par le droit Canonique ; & c'est à quoi on s'est arrêté en France, après divers changemens qui ont été remarquez par Monsieur de

Marca, en son Histoire de Bearn, liv. 4. chap. 12. Il en est de même pour les alliez, dont la défense pour le mariage s'étendoit jusques au troisiéme degré d'alliance; mais aujourd'hui elle est réduite au premier degré par le chap. *non debet*, & par le Concile de Trente, de *reformatione matrimonii*, section 24. ch. 5. & elle n'a lieu qu'entre les parens des mariez jusques au cinquiéme degré, en le comptant suivant le droit Canonique; ce qui fait que quand l'un d'eux est decédé, le survivant ne peut pas se marier avec le frere, le cousin germain & autres parens du mort jusqu'au quatriéme degré: mais rien n'empêche d'épouser les parens des parens, ni les alliez des alliez qui ne sont point parens ni alliez: & c'est pour cela que deux freres peuvent épouser deux sœurs, & le fils d'un des mariez la fille de l'autre d'un premier lit.

Il y a encore un empêchement canonique au mariage, qui est lorsque le pere veut épouser celle que son fils avoit fiancée, ou que le fils veut épouser la fiancée de son pere, ou que quelqu'un après avoir fiancé la mere veut épouser la fille, ou au contraire. Car quoiqu'alors il n'y

ait aucune alliance ni parenté, qui ne sont contractées que par le mariage accompli; néanmoins parce que tel mariage blesseroit l'honnêteté publique, qui seroit violée par la conjonction avec ceux qui avoient pris des engagements par une alliance qui auroit fait obstacle à leur mariage, tels mariages sont défendus par les Constitutions Canoniques, capite *Sponsum, de spons. & matrimoniis, cap. continebatur, de desponsatione impuberum, cap. accessit eodem*; ce qui est tiré du droit civil au §. *Uxorem*, de ce tit. aux Instituts, où la fille née depuis le divorce de sa mere d'un autre mari, ne peut se marier avec le premier mari de sa mere, quoiqu'elle ne soit pas sa belle fille, & qu'il n'y ait entr'eux aucune sorte d'affinité ni de parenté; & cela pour satisfaire à la justice, comme disent les loix & les canons, de l'honnêteté publique, ce qui avoit autrefois de grandes suites: mais le Concile de Trente en a usé de même qu'à l'égard de la parenté spirituelle, en ordonnant que l'empêchement appelé *publica honestatis primum gradum non excedat*. Et c'est sans doute à cette honnêteté publique qu'il faut attribuer l'extension que  
les

les Constitutions Canoniques ont faite des degrez de parenté & d'alliance, & le doublement de ceux du droit civil : car cette raison est apparente & sensible, & il est inutile d'en chercher d'autre, comme a fait Fernan, dans le même Traité ci-dessus mentionné, particule 5. nomb. 11. Mais la plûpart de ces empêchemens peuvent être quelquefois levez par la dispense du Pape, auquel à cause de la puissance qu'il a dans l'Eglise universelle en qualité de Chef & Pere commun de tous les fideles, il est permis de relâcher de la rigueur des Canons, lorsqu'il y a de justes causes qui peuvent le porter à l'accorder ; mais on fait là-dessus distinction entre les degrez de parenté qui rendent le mariage illicite par le droit des gens, & par la loi divine rapportée au ch. 18. du Levit. qui marque la source & l'origine de cette Police en ces termes : *Omnis homo ad proximum sanguinis sui non accedet*, & fait que le mariage est appellé incestueux par le droit des gens, & divin, entre les degrez qui font que le mariage n'est pas permis par la seule disposition du droit civil & positif, & l'on tient que la dispense du Pape ne seroit pas valable pour lever la prohibition

du droit des gens. Le Pape Innocent IV. sur le ch. *Litteras de restitutione spoliatorum*, l'a ainsi déclaré : en quoi il a été suivi par Coquille en son *Traité des Libertez de l'Eglise Gallicane*, pag. 482. & c'est ce qu'on observe en France, où l'on ne reçoit pas les dispenses de mariage entre les ascendans & descendans, en quelque degré qu'ils soient, ni entre ceux qui tiennent la place d'ascendans & descendans ; en telle sorte que si le Pape donnoit une dispense de cette maniere, on la feroit déclarer abusive par les Parlemens. Il en est de même des dispenses entre frere & sœur, oncle & niece, tante & neveu : & le Concile de Trente chap. 5. a défendu même ces dispenses entre cousins germains, *nisi inter magnos principes & ob publicam utilitatem*. On tolere néanmoins quelquefois la dispense entre l'oncle, la tante, la niece & le neveu, & à plus forte raison entre les petits neveux, contre la disposition du §. *fratris* de ce tit. Et pour tous les autres degrez, même des cousins germains, on la reçoit facilement ; nonobstant la disposition du Concile de Trente ; & de plus, à l'égard de celle du 3. ou 4. degré, on la

tient pour si favorable, qu'on dit que le Pape ne peut pas la refuser à ceux qui la demandent, *argumento*, leg. 1. §. *penult. ff. de aqua quotidiana & estiva*; & les Canonistes déclarent que *peti potest ut debita*, can. *noli existimare*, *caus. 23. quest. 8.* & qu'elle a son effet, lorsqu'elle est demandée par les mariez ou par l'un d'eux, quoiqu'elle n'ait été obtenüe qu'après leur mort; & on a passé même plus avant, puisqu'on a décidé que les enfans provenus des mariages contractez par des parens à ces degrez, peuvent obtenir & faire fulminer la dispense après la mort de leur pere & mere, & que cette dispense a cet effet de rendre le mariage valable & les enfans legitimes, par un effet retroactif qu'elle a au temps du mariage contracté, parce qu'elle le purifie *in radice*, en ôtant l'empêchement canonique, ce qui est accordé lorsque les contractans ont été dans la bonne foi, & qu'ils ont ignoré la parenté. Cette doctrine, qui est singuliere & remarquable, est de Fevret & de son apostillateur, au liv. cinquième *de l'abus*, chap. 3. où il rapporte l'autorité de plusieurs Auteurs, & même des Arrêts & préjugez pour l'appuyer.

Il faut faire une grande attention sur le §. 12. de ce titre aux Instituts de Justinien, qui porte que, *Si adversus ea que dicta sunt, aliqui coierint, nec vir, nec uxor, nec nuptia, nec matrimonium intelligitur, itaque qui ex eo coitu nascuntur, in potestate patris non sunt: sequitur ergo ut soluto tali coitu, nec dotis, nec donationis exactioni locus sit, & alias pœnas pati qui prohibitas nuptias contrahunt, que sacris Constitutionibus continentur*; car c'est sur la disposition de ce §. que sont fondées les Ordonnances qui déclarent les mariages non valablement contractez & sans aucun effet quant aux avantages civils, lorsqu'ils n'ont pas été faits en la forme qui a été ci-dessus marquée: ce qui a sans doute principalement lieu lorsque le mariage a été contracté par des parens ou alliez aux degrez prohibez, tant de la parenté naturelle que spirituelle, & de la justice & de l'honnêteté publique, s'ils n'ont pas obtenu dispense du Pape, pour les degrez auxquels elle est reçüe en France; & c'est à cette prohibition que le §. ci-dessus a principalement son rapport, comme il paroît par ces derniers mots, qui déclarent que ceux qui font

DU DROIT FRANÇOIS. 125  
des maaiages prohibez , encourent les  
peines que les Ordonnances des Empe-  
reurs, dont il est parlé dans le titre du  
Code *de incestis & inutilibus nuptiis* ,  
ont decerné contre les incestes.

Le même §. explique les consequen-  
ces qui suivent de cette maxime , que  
*matrimonium non intelligitur* , dont une  
des plus importantes est que les enfans  
provenus de tel mariage ne sont pas  
sous la puissance de leurs peres , de mê-  
me que ceux qui sont nez d'un commer-  
ce illicite , sans aucun mariage prece-  
dent ; car les uns & les autres sont éga-  
lement illegitimes , & incapables des  
droits que la naissance donne aux en-  
fans sur le bien de leur pere : ce qui est  
observé de même à l'égard des enfans  
qui sont nez des concubines , parce que  
par les loix du Christianisme , nous ne  
reconnoissons d'autre conjunction legi-  
time que celle du mariage ; & le concu-  
binage est entierement reprové , com-  
me illicite , non seulement à l'égard de  
ceux qui sont mariez , comme le portoit  
la loi de Constantin au Code , tit. *de*  
*concubinis* , mais de toutes sortes de per-  
sonnes ; tellement qu'on a condamné  
l'indulgence de la Loi Romaine qui le

toleroit, & le regardoit comme une espece de mariage, & les enfans qui en provenoient étoient appellez *liberi naturales*, & avoient des avantages considerables, dont il est fait mention dans le tit. du Code de *naturalibus liberis*, ce qui les distinguoit des enfans nez *ex nefario damnato & vulgari concubitu*, & il n'y a plus aujourd'hui aucune difference entre tous les enfans nez hors du mariage, qui ne peuvent prétendre sur le bien du pere que les alimens & la dot, que les peres naturels sont obligez de leur fournir, suivant l'équité du Droit Canonique, au ch. *Cum haberet* de *eo qui duxit in matrimonium quam polluit per adulterium*, que l'on suit ponctuellement en France, comme il est attesté par Monsieur Louet & Brodeau, lettre A. nomb. 4.

Il arrive pourtant que les enfans qui en naissant ne sont pas sous la puissance de leur pere, parce que le mariage étoit nul ou non valablement contracté, ou qui sont nez hors le mariage, y tombent par la legitimation subsequnte qui étoit faite par la disposition du Droit Romain, ou par le mariage subsequnt du pere & de la mere, ou *per oblatio-*

DU DROIT FRANÇOIS. 127  
*nem Curia*, faite par le pere, comme il est remarqué par Justinien dans ce titre. Mais en France on ne reconnoît point la legitimation *per oblationem Curia*, mais seulement celle qui est faite *per subsequens matrimonium*, & par les lettres du Prince; la premiere est naturelle, & dépend de la seule volonté des parens, & est de si grand effet à cause de la force & de l'excellence du Sacrement de mariage, que les enfans ainsi legitimez, ne sont en aucune maniere differens de ceux qui sont legitimes de leur naissance, soit pour la capacité de posseder des Benefices ou Offices seculiers, soit pour recueillir les successions & substitutions de leurs ancêtres, comme il est décidé dans le chap. *Tanta vis, qui filii sint legitimi*, aux Decretales; ce que l'on doit dire à plus forte raison de ceux qui sont seulement conçus avant le mariage contracté, & qui sont nez depuis; parce que ceux-là naissent legitimes, & n'ont pas besoin de legitimation *per subsequens matrimonium*, d'autant que ceux qui *sunt in utero pro jam natis habentur, cum de eorum commodo, non verò de incommodo agitur*. Il faut néanmoins prendre garde que quand on veut legi-

timer , il est nécessaire de faire mention des enfans que l'on a eus devant le mariage, dans le contrat ou dans l'acte de celebration du mariage fait par le Curé, auquel on a coûtume de faire assister les enfans , & de les mettre sous le poile , c'est-à-dire, sous l'Etolle du Prêtre administrant la benediction nuptiale ; autrement la qualité de fils , & l'effet de la legitimation par le mariage subsequent , pourroit être contestée.

On met dans cette espece de legitimation , celle des enfans qui sont nez *in figura matrimonii* , lequel a été déclaré nul , parce qu'il a été contracté contre la disposition des loix civiles & canoniques, car ils sont illegitimes; mais quand l'empêchement est levé, ou par le moyen d'une dispense valable ou autrement , & que le mariage est reïté en bonne forme , les enfans sont legitimez par ce nouveau mariage subsequent. Il est vrai que comme il y a eu une figure de mariage , lorsque le défaut est réparé , on le regarde comme s'il avoit été toujourn legitime.

La legitimation par Lettres du Prince est un effet de sa toute-puissance, que personne que lui-même ne peut exercer,

non plus que la naturalisation des étrangers, car ce sont des droits singuliers de la Souveraineté, à l'exclusion de toute autre Puissance. Il est vray que comme l'empire du monde est divisé en deux puissances; sçavoir la spirituelle & la temporelle, la legitimation doit être faite par chacune de ces puissances, par rapport à leur juridiction: ainsi le Pape comme Chef de la juridiction spirituelle, l'accorde *quoad spiritualia*, sçavoir pour la capacité de prendre des Ordres & de posséder des Benefices & Dignitez ecclesiastiques: & les Princes temporels, pour ce qui concerne les biens & les Charges temporelles. Mais la legitimation du Prince n'a pas les mêmes effets que celle du mariage subseqent, & ne fait que rétablir l'état de la personne, & ne lie que les peres qui l'ont obtenuë, & non pas ceux qui n'y ont pas consenti, ni à plus forte raison les parens même. Le plus grand nombre des Docteurs tient qu'elle ne donne pas droit de recueillir les substitutions faites en faveur des descendans & des parens collateraux, sur-tout si dans la clause de substitution il est fait mention des enfans procreez de legitime mariage, comme

il est porté ordinairement presque par tous les testamens contenant ces substitutions.

Il est necessaire de remarquer que ces lettres de legitimacion doivent être registrées au Parlement, & à la Chambre des Comptes de la residence de l'impetrant, autrement elles sont de nul effet. *ce qui est sans besoin, en l'art. 210.*

Au surplus le mariage a cet effet particulier en France dans le Pays coutumier où la puissance paternelle est reçüe, que les femmes sont sous la puissance de leur mari, de même que les enfans de famille; ce qui est conforme à l'ancien Droit Romain, & descend de l'ancienne coutume des Gaulois, rapportée par Cesar, au livre 6. de ses Commentaires, & est conforme à la loi divine. Et c'est pourquoi dans le pays coutumier les femmes ne peuvent contracter ni comparoître en Justice, si elles ne sont autorisées par leur mari; ce qui a lieu même en quelques Provinces du droit écrit, où il y a des coutumes particulieres qui le portent ainsi, comme celles de Bourdeaux.

*avec cette distinction que les lettres de legitimacion non enregistrées, en la chambre des comptes n'ont point d'effet pour tenir des officiers ou par rapport aux intérêts du Roy. quasi elles n'ont pas été enregistrées au Parlement elles n'ont point d'effet pour les successions v. le traité des testam. tom. i. ch. 6. Sect. 2. n. 210.*

## CHAPITRE VI.

*Des adoptions.*

**L**A puissance paternelle étoit encore acquise par les adoptions, qui étoient une invention subtile du Droit Romain, par laquelle ceux qui n'avoient pû avoir des enfans naturels de leur mariage tâchoient de se consoler, en réparant en quelque maniere les disgraces de la nature par la substitution des enfans adoptifs, qu'ils choisissoient à leur gré pour conserver leur nom & leur posterité, & leur transmettre en même temps la succession de leurs biens. Mais quoiqu'on trouve quelques exemples illustres, qui ont été pratiquez par les Rois & les grands Princes pour la necessité & l'utilité de l'Etat; néanmoins il est certain, comme a remarqué Monsieur Le Brun, dans son Traité des successions, liv. 3. chap. 3. que l'usage en est entierement aboli en France, où nous ne reconnoissons point d'autre filiation, parenté ni alliance civile que celle qui vient du sang & de la nature; & nous ne donnons point à la fiction de la loi la même

force qu'à la verité, que nous avons retenuë, en rejetant l'ombre, pour user des termes de Papinien, qui dit que par l'adoption *veritas imagine adumbratur*. Et c'est par le seul moyen des parentez, alliances, institutions & substitutions, donations contractuelles, à la charge de porter le nom & les armes, que l'on conserve son nom, & qu'on fait passer ses biens en la main de ceux pour lesquels on a une espece d'amitié paternelle.

Il y a pourtant quelques Coûtumes, comme celle de Xaintonge, Berri, Nivernois & Boulenois, qui permettent les affiliations & associations, qui sont une espece d'adoption, & sur-tout celles qui se font par échange en cas de mariage reciproque entre les enfans de deux familles, car chacun de ces enfans est affilié dans la famille où il entre par le mariage, & tellement substitué à la place de celui qui en est sorti, qu'il a les mêmes droits, soit pour la legitime & succession, ou autrement, que la Coûtume déferoit à celui auquel il est subrogé par l'échange; ce qui se pratique plus souvent entre les villageois que les autres gens: & Monsieur Marion celebre Avocat General au Parlement, en-

seigne encore en son septième Plaidoyé que les Coûtumes de France ont établi une espece d'adoption au profit des plus proches parens, suivant la regle *paterna paternis, materna maternis*, à l'égard des quatre quints des propres qui leur sont déferrez par la force des Coûtumes. Et les mourans n'out la liberré de disposer en faveur d'autres personnes que du quint des propres & des meubles, acquets & conquets; à quoi il faut encore ajoûter ce que M. Claude Ferriere a observé sur ce titre, & qu'il rapporte qu'on pratique dans l'hopital de la Charité de la ville de Lyon, en consequence des Lettres Patentes du Roy, que ledit hopital succede aux biens de ceux qui s'y sont donnez ou qui y ont été reçus, pour y être entretenus & soignez, du consentement exprès ou tacite de leurs parens.

## CHAPITRE VII.

*Par quels moyens cesse la puissance paternelle.*

Comme la puissance paternelle est acquise par le mariage & par l'adoption aux termes du droit, elle est aussi

aneantie par divers moyens, dont la mort est le plus sensible & le plus naturel ; mais il y en a plusieurs autres qui ont été établis par la loi, qui sont l'émancipation, la mort civile, les Charges & Dignitez, l'adoption & l'esclavage. Mais en France les Charges n'émancipent presque point dans les lieux où la puissance paternelle est reçüe, excepté l'Episcopat ; car quoique la glose sur ce titre compte jusques à douze Charges & Dignitez qui délivrent de la puissance paternelle ; néanmoins comme nous n'avons pas des Charges de cette maniere, la dissolution de la puissance paternelle qui leur est attachée ne peut avoir son effet ; & on n'a gueres vû pratiquer ce que Rebuffe & quelques autres Docteurs François ont avancé, que les Charges de Presidents, Avocats Generaux, & Conseillers és Cours Souveraines, émancipent les fils de famille. Cette puissance ne peut aussi cesser par l'adoption & par la captivité, puisqu'elles ne sont plus en usage. Mais les autres moyens de faire cesser la puissance paternelle, qui sont marquez par Justinien subsistent, & c'est pourquoi il faut y avoir recours. Il y a cela seulement de particulier à

remarquer que dans le pays coûtumier où la puissance paternelle est reçüe, elle cesse par le mariage des enfans ou filles de famille, lorsqu'il est fait du consentement de leur pere, ainsi qu'atteste M. Louet & Brodeau, lettre M. nomb. 18. Ce qui n'est pas pourtant observé dans le ressort du Parlement de Toulouse, où les filles mariées demeurent sous la puissance paternelle, si elles ne sont pas émancipées, comme il est rapporté par Monsieur Cambolas, liv. 1. chap. 27. & par Monsieur Dolive, liv. 1. chap. 3. car quoiqu'elles passent sous la puissance de leurs maris, & que suivant leur domicile, elles vivent séparées de leur pere, elles ne sont pas pour cela soustraites à la puissance paternelle, pour les droits qui en dépendent, comme l'a fort bien distingué Ferron sur les Coûtumes de Bourdeaux, tit. *Du droit & de l'état des personnes*, après Chassanée sur les Coûtumes de Bourgogne, tit. *Des droits appartenans à gens mariés*. Le moyen le plus ordinaire après la mort pour dissoudre la puissance paternelle est l'émancipation, qui doit être faite par le Droit Romain, d'autorité des Juges ordinaires du domicile des parties, & particu-

lièrement du pere émancipant, ou par Lettres du Prince.

Imbert en son Manuel du Droit, ch. 62. rapporte que plusieurs ont estimé qu'au Pays coûtumier les Lettres de Chancellerie étoient absolument nécessaires pour l'émancipation; mais que le contraire fut jugé par l'Arrêt dont il fait mention; que Monsieur de Cambolas liv. 2. chap. II. rapporte plusieurs Arrêts, par lesquels il a été jugé que les émancipations faites seulement par des actes de Notaires, n'étoient pas valables, & qu'il étoit nécessaire d'avoir recours pour cela au Juge competent. Néanmoins c'est à présent l'usage du Parlement de Toulouse que ces émancipations sont valables: ce qui a été reçu en premier lieu à l'égard des contrats de mariage, dont toutes les conventions sont valables & irrevocables par la disposition de la Loi Salique; & ensuite on a donné la même autorité à tous les autres contrats, suivant en cela la disposition de la nouvelle 25. de Leon; les Arrêts en sont si notoires qu'il seroit inutile de les rapporter. Il y a encore une espece d'émancipation tacite, qui a lieu lorsque le pere souffre que son fils vive

& habite séparément de lui pendant l'espace de dix années, comme il est marqué par la loi première, Cod. *de emancipationibus*, & la glose sur cette loi, & décidé par les Arrêts rapportez par le même Dolive au lieu déjà cité; mais il est important de remarquer ce que dit le même Imbert au lieu ci-dessus, que le pere peut émanciper ses enfans pour un certain acte seulement, & que c'est l'opinion de Bartole, sur la loi première, ff. *ad Senatusconsultum Trebellianum*, & que Jason a été du même avis, sur la loi *cum quid*, ff. *si certum petatur*. Ce qui est dit par cet Auteur merite attention, parce que les peres veulent souvent émanciper leurs enfans, & non pas entierement, pour ne pas perdre l'usufruit de leurs biens avantifs; ce qui semble pourtant recevoir beaucoup de difficulté, parce que les loix ne font aucune mention de cette émancipation imparfaite: & qu'au contraire elles parlent de l'émancipation en general & sans aucune distinction, comme d'un moyen qui délivre entierement de la puissance paternelle; & il paroît y avoir une repugnance naturelle entre l'état libre & sujet en même temps, & qu'une

même personne soit & ne soit pas assujettie en même temps à la puissance paternelle, laquelle paroît indivisible. Il seroit sur-tout difficile de convenir qu'un pere pût émanciper son fils, pour faire seulement son testament; quoiqu'il ne semble pas impossible qu'il puisse accorder l'émancipation à son fils, pour le faire profiter de l'usufruit des biens à lui appartenans en propriété, puisque cela semble autorisé par la loi *cum oportet*, Cod. de bonis quæ liberis.

---

### CHAPITRE VIII.

#### *De la mort civile, & du changement d'état.*

**J**USTINIEN a parlé de la mort civile & du changement d'état des personnes dans le titre précédent, & dans celui qu'il intitule *de capitis diminutione*, à l'occasion de la puissance paternelle & de la tutelle, parce qu'ils font cesser ces deux puissances; mais on en peut parler par rapport à d'autres effets qui ne sont pas moins considérables, puisque l'état des personnes ne consiste pas seulement à user de ces droits, à être maî-

tre de ses biens & de ses actions, mais encore à jôüir de tous les avantages que les loix accordent aux citoyens, comme de succeder à ses parens, de pouvoir faire testament, profiter de ceux qui sont faits en notre faveur, & posséder les Charges, Benefices & Dignitez seculieres & ecclesiastiques, ce qu'on appelle vie civile. Ceux qui en sont privez sont morts civilement; parce que pour ce qui concerne les effets civils, ils sont confiderez comme s'ils étoient morts effectivement, par la force de la disposition de la loi, & n'y peuvent avoir aucune part.

La mort civile est censée par la condamnation à diverses sortes de peines. La premiere est la condamnation à la mort naturelle; parce que dès l'instant qu'elle est prononcée, le condamné est réputé mort civilement, avant même qu'il ait souffert le dernier supplice, leg. 29. ff. de pœnis, qui porte que *qui ultimo supplicio damnatur, statim civitatem & libertatem perdit, quia præoccupat hic casus mortem*, leg. si quis filio, §. sed etsi, ff. de injusto rupto irrito factò testamento.

On convient aussi que non seulement

les condamnations contradictoires à mort aux galeres, au bannissement perpetuel du Royaume, ont l'effet de causer la mort civile, mais encore les condamnations par défaut à ces peines; parce que par l'usage particulier du Royaume, la contumace est si odieuse, qu'elle donne lieu à condamner les accusez fugitifs & desobeissans aux mêmes peines qu'on pourroit decerner contre ceux qui se défendent, & même à de plus grandes, & avec plus de facilité, comme il paroît par le titre *des défauts & contumaces* de l'Ordonnance criminelle; & les condamnés sont reputez morts civilement du jour de l'exécution figurative de la sentence de condamnation, suivant la disposition de l'article 29. du titre ci-dessus cité.

Mais il y a cette difference entre les condamnations contradictoires à ces peines & celles par contumace, que les dernieres peuvent être purgées pour ce qui concerne la mort civile, par la remise & comparution des accusez & par leur justification, dont la voye leur est toujours ouverte; ce qui n'est pas possible à l'égard des condamnations contradictoires, du moins par les voyes ordi-

naires, mais seulement par la grace speciale du Prince, dont il est parlé au tit. du Code, *de sententiam passis & restitutis*, & au tit. 16. des lettres d'abolition, *rappel de ban & rehabilitation*, de l'Ordonnance criminelle.

Le Droit Romain reconnoissoit *maximam & mediam capitis diminutionem*, dont la premiere emportoit la perte de la liberté & de la cité tout ensemble, & l'autre celle de la cité seulement; mais comme l'esclavage est entierement aboli en France, nous ne reconnoissons que la seconde espece de mort civile, & non pas la premiere; & Monsieur d'Olive, liv. 5. chap. 8. de ses questions, enseigne que la servitude de la peine, avoit même déjà été abolie par la nouvelle 22. de Justinien, chap. 10. ce qui fait qu'aucune condamnation ni mort civile ne donnoit lieu à l'ouverture des substitutions, ni au droit de retour, suivant la loi *Staius Florus*, ff. *de jure fisci*, & la doctrine de M. d'Olive. Mais il est necessaire de remarquer que la condamnation par contumace n'emporte la mort civile irrevocablement que par le décès du condamné après les cinq ans de la condamnation & execution figurative,

suivant la disposition de l'art. 29. du susdit tit. *des défauts & des contumaces*, qui porte nommément que celui-là sera réputé mort civilement, qui sera decédé après les cinq ans sans s'être représenté : d'où on peut inferer par l'argument des contraires, que s'il s'est représenté après les cinq ans, il n'est pas réputé mort civilement.

Quant au troisiéme changement d'état appelé *minima capitis diminutio*, il conserve son effet en quelques occasions qui concernent les droits de la puissance paternelle ; mais elle n'est d'aucune considération pour l'ordre des successions & des tutelles, parce que Justinien par sa nouvelle 118. chap. 4. a abrogé cette ancienne différence qu'on mettoit entre les agnats & les cognats ; il a même déclaré par la loi *corruptionem*, Cod. de *usufructu*, que ce changement n'étoit pas capable d'éteindre l'usufruit.

La profession religieuse est aussi parmi nous une mort civile, qui a néanmoins les mêmes effets que la mort naturelle, même pour les substitutions, & rend les Religieux incapables de toutes les fonctions civiles. Mais au lieu que la mort civile pour les condamnez pour crime

est un effet de leur juste punition, qui les couvre de confusion & d'ignominie, elle comble les Religieux d'honneur, & leur attire le respect de tout le monde, pour lequel ils ont voulu entierement mourir par un genereux mépris de toutes ses pompes, & lui dérober la vûe de leur vie, en la cachant, ainsi que dit l'Apôtre, dans celle de Jesus-Christ.

Les condamnations aux autres peines, comme du foïet, de l'amande honorable, mutilation des membres, même des galeres & bannissement à temps ne donnent pas la mort civile, ni même le bannissement perpetuel d'un lieu ou Province particuliere du Royaume, ainsi qu'il a été très-bien remarqué par Claude Ferriere, dans ses Instituts du Droit François, sur ce tit. mais cet Auteur avance ce semble sans fondement que la condamnation aux galeres & au bannissement du Royaume au-dessus de neuf années emporte la mort civile; parce que cette proposition est directement contraire à la disposition du susdit art. 29. tit. *des défaits & contumaces*. Il faut donc tenir pour certain que ceux qui ont souffert cette condamnation, sont capables de comparoître en jugement, de tester, de succeder, &

en un mot de tous les effets civils utiles.

Neanmoins ces dernières condamnations ont cet effet, de charger d'infamie ceux contre lesquels elles sont ordonnées & exécutées. Or quoique l'infamie ne fasse pas dans les personnes un changement d'état aussi grand que la mort civile ; celui qu'elle fait est pourtant assez considérable, puisqu'elle ferme la porte de l'honneur & des Dignitez, & en prive ceux qui en sont déjà pourvus, fait rejeter le témoignage de ceux qui sont notez de cette tache, & dépoüille même des avantages honorables de la Noblesse, comme il a été montré au chapitre de la Noblesse ci-dessus : ce qui fait que la loi met au nombre des peines capitales celles qui entraînent l'infamie, *leg. 28. §. ceteræ, ff. de pœnis*, ce qui fait qu'il est nécessaire de sçavoir ce que c'est que l'infamie, & pour cela il faut rappeler dans sa mémoire la définition que donne le Jurisconsulte Callistrate à ce qu'il appelle *existimatio*, qui est parmi nous l'honneur, la bonne renommée & la reputation d'honnête homme : *Existimatio*, dit-il, *est illesæ dignitatis status, legibus aut moribus comprobatus qui ex delicto nostro auctoritate legum*

*aut minuitur, aut consumitur.* La perte de cet honneur est l'infamie, laquelle étant ordonnée *authoritate legum*, est l'infamie du droit; mais quand elle n'est faite que d'autorité privée, & par le mépris que font les honnêtes gens des mauvaises actions, c'est l'infamie de fait, *leg. ea que pater, cod. ex quibus causis infamia irrogetur, leg. 2. de obsequiis, à libertis patrono præstandis.* Celle-ci n'a pas tant d'effet dans le droit & dans le jugement, mais la première y est fort considérée; & c'est pourquoi tous les cas où elle est encouruë sont exactement marquez dans les titres du digeste & du code, *de iis qui notantur infamiâ*, où l'on voit qu'il y a de simples actions civiles, pour lesquelles les condamnés pour fraude encourent l'infamie, par la seule condamnation, comme quand il s'agit d'une tutelle, société, mandat, ou dépôt, & qu'on encourt l'infamie en trois manières, sçavoir, *ipso facto, per sententiam, & ex genere pœna*; la première n'a pas lieu en France, suivant la doctrine de Loiseau, au *Traité des Offices*, liv. 1. chap. 13. nomb. 50. parce que c'est une règle générale que tout ce qui avoit lieu *ipso jure aut ipso facto*,

par le Droit Romain, a besoin en France d'une sentence declaratoire du fait. Nous ne reconnoissons pas aussi l'infamie des simples actions civiles, mais seulement celle qui resulte de la condamnation decernée pour crime public, & meritant peine infamante par le droit & par les Ordonnances, & lorsque la sentence en déclare l'accusé atteint & convaincu; car si elle ne condamnoit que vaguement pour le cas resultant du procès, elle n'emporteroit pas infamie, suivant la remarque du même Loiseau, au lieu déjà cité. L'infamie est encore encouruë *ex genere pœnæ*, parce qu'il y a des peines qui emportent l'infamie de plein droit, & sur-tout toutes celles où intervient l'executeur de la haute Justice, & qui sont afflictives, même la privation des Charges, ou quand on est déclaré incapable d'en posséder aucune; ce qui n'a pas lieu pour la simple suspension des Offices & Benefices. Au surplus la tache d'infamie imprimée par la sentence du Juge, ne peut être levée que par le benefice du Prince; & les Juges ordinaires ne peuvent pas empêcher que leur condamnation au cas ci-dessus n'entraîne la note d'infamie, sui-

DU DROIT FRANÇOIS. 147  
vant la loi 63. ff. de furtis. On convient  
pourtant que les Cours superieures ont  
ce pouvoir, en inserant dans leurs Arrêts  
la clause expresse, que la condamnation  
sera sans note d'infamie.

---

## CHAPITRE IX.

### *Des aubains ou étrangers.*

Ceux qui ne sont pas nez dans ce  
Pays ou Royaume sont appelez  
aubains, *quasi alibi nati*, ou selon quel-  
ques-uns *quasi advena*. Leur condition  
n'est pas sans doute aussi bonne que celle  
des natifs & originaires du Royaume.  
Ils ne peuvent avoir aucune participa-  
tion des avantages du Droit civil Fran-  
çois, qui n'est fait que pour les sujets na-  
turels du Roy ; car comme a fort bien  
remarqué Bacquet, aut Traité du *droit  
d'aubaine*, premiere partie, chap. II.  
il y a une obligation naturelle & reci-  
proque entre le Prince & ses sujets, d'o-  
beïssance de la part de ceux-ci, & de  
protection du côté du Prince, qui l'en-  
gage de pourvoir à leur utilité par le se-  
cours des armes & des loix ; c'est pour-  
quoi les Ordonnances ne sont faites que  
pour les sujets : *Jus civile est quod quis-*

*que populus sibi constituit vocaturque jus civile, quasi proprium ipsius civitatis.*

En effet toutes sortes d'Etats sont comme une espece de Societé ou de Corps politiques, dont les avantages ne doivent être communiquez qu'aux membres & personnes qui les composent : c'est-là le fondement & le principe du droit d'aubaine. De-là vient que les aubains & les étrangers sont incapables de tous les effets civils, & que par consequent ils ne peuvent ni succeder *ab intestat*, ni recueillir les successions testamentaires : *Non habent testamenti factionem, neque activam, neque passivam* ; en telle sorte que leurs testamens n'ont aucun effet, quant aux biens situez en France : & comme ils ne succedent pas à leurs parens, leurs parens ne leur succedent pas aussi ; parce que le droit de succeder *ab intestat* est reciproque, & *si mihi succedis, tibi succedam necesse est*, suivant la regle des Docteurs, rapportée par le même Bacquet, au chap. 23. de la premiere partie dudit Traité ; ce qui étoit si étroitement observé, que par le Droit Romain, les Citoyens Romains ne pouvoient pas contracter valablement mariage avec les étrangers, ainsi que l'a fort

bien prouvé Alciat, *lib. 2. disput. cap. 22.* Mais cette rigueur n'est pas observée en France, comme il a été déjà remarqué; parce que le mariage en qualité de Sacrement tient plus du droit Evangelique & des gens, que du droit civil.

Enfin on convient que les étrangers ne peuvent posséder aucunes Charges, Dignitez, Offices, ou Benefices en France; on demeure pourtant d'accord aussi qu'il leur est permis d'acquérir par toutes sortes de contrats entre vifs, qu'ils peuvent passer valablement: parce que les contrats, même les stipulations, sont du droit des gens, dont les étrangers ne sont pas moins capables que ceux qui ont encouru la mort civile, auxquels ils ressemblent quant aux effets civils, *leg. 10. Sed si hac, §. item, ff. de in jus vocando,*

n'y ayant entr'eux que cette seule différence, que les étrangers ont une incapacité naturelle pour les effets civils, & que les autres l'ont contractée en s'en étant rendus indignes par leur faute.

Or les étrangers ne pouvant succéder ni avoir de successeurs, leurs biens deviennent vaquans par leurs decès, & appartiennent au Roi en France par le droit appelé d'aubaine, suivant la regle

*regni cuius; mais l'incapacité du Roi de succéder est de fait & d'usage, & dérivée du droit Romain, & non du droit d'aubaine*

*le droit d'aubaine consiste à defaut du Roy to succéder à l'étranger & appartenir au Roy en France par le droit d'aubaine*

G iij.

de la loi premiere, Cod. *de bonis vacantibus*, & ce droit est tenu pour vraiment royal, imprescriptible & incommunicable à toute autre personne qu'à celle du Souverain; c'est pourquoi les Seigneurs Justiciers ont été déboutez par les Arrêts des Cours superieures de la prétention qu'ils avoient sur le droit d'aubaine, ainsi que l'enseigne Bacquet au lieu déjà cité. On ne suit donc pas le sentiment d'Acurse & de Bartole, qui tiennent que les étrangers peuvent tester & succeder, & qu'ils peuvent avoir des successeurs *ab intestat*, & que c'est la disposition de l'authentique, *omnes peregrini*, Cod. *communia de successionibus*, qu'on dit avoir corrigé l'ancien droit du Dig. & du Code contenu en la loi premiere, Cod. *de heredibus instituendis*, & en la loi, *sed & si in conditione*, §. *solemus*, au même titre du dig. car cette authentique étant de l'Empereur Frederic, n'a pas la même force de loi en France, outre qu'elle ne parle pas des étrangers, mais des simples passagers & voyageurs; & quoi qu'il en soit, nos Rois ont toujours joui inviolablement en France du droit d'aubaine: & c'est une chose qui ne peut pas être presente-

DU DROIT FRANÇOIS. 151  
 ment contestée. La Province de Lan-  
 guedoc a pourtant ce privilege par des  
 Lettres Patentes du Roi Loüis XI. don-  
 nées à Dieppe au mois de Juillet de l'an  
 1475. & par d'autres du Roy Charles  
 VIII. données à Paris au mois de Juin  
 de l'an 1481. que le droit d'aubaine n'y  
 a pas lieu ; en telle sorte que les aubains  
 qui y sont venus resider , ont la faculté  
 de tester , & de disposer librement de  
 leurs biens par toute sorte de disposition  
 de derniere volonté , & il leur est succe-  
 dé *ab intestat* par leurs parens, aubains &  
 regnicoles, ainsi que l'ont remarqué M.  
 Mainard , liv. 8. chap. 18. Duranty en  
 sa question 67. & Cambolas , liv. 5. ch.  
 49. & Bacquet même , en la 5. partie  
 de ce Traité , chap. 39.

On excepte de la regle du droit d'au-  
 baine les enfans des étrangers nez & de-  
 meurans en France , lesquels succedent  
 à leurs peres. & meres, quoique étran-  
 gers, suivant la doctrine du même Bac-  
 quet, 4. partie, chap. 32. parce que  
 c'est une succession fondée sur le droit  
 naturel , & que de plus, à raison de leur  
 naissance, ils sont vrais & naturels Fran-  
 çois ; ce qui fait qu'ils succedent aussi à  
 leurs parens collateraux qui sont Fran-

*no  
 selonc  
 pour les  
 aubains  
 non  
 qu'ils ne  
 font  
 demorent  
 dans le  
 Languedoc  
 Juivoit  
 l'ordonnan  
 ce de qui  
 si apud  
 colline  
 de la  
 francalle  
 p. 157.*

çois. Enfin on a si bien accueilli les enfans des François qui sont allez resider dans le Pays étranger, quoique ces enfans ne soient pas nez en France, qu'on les reçoit à succeder *ab intestat* à leurs parens decedez en ce Royaume, *inspèctâ origine paternâ*; en telle sorte que *oriundi ex Gallia & orti*, ont les mêmes avantages, sauf que les premiers sont tenus de déclarer qu'ils veulent resider dans le Royaume, comme enseigne le même Bacquet, partie 5. chap. 39. Pour ôter l'incapacité qui vient de la qualité d'étranger, il faut obtenir des Lettres du Prince, qu'on appelle de naturalité, qui doivent être enregistrées aux Chambres des Comptes, & même aux Cours des Parlemens: & les Chambres des Comptes par le registre reservent toujours quelque finance au Roi, par forme d'indemnité du droit d'aubaine, & y mettent toujours la clause, *Proviso quod hæredes sint regnicola*: ce qui forme une condition pour l'effet de ces Lettres, qui demeurent pour non advenuees, si l'étranger naturalisé n'a point de successeurs regnicoles, c'est-à-dire, nez & residens en France, & fait qu'en ce cas le droit d'aubaine a lieu au profit du Roi,

suivant le même Bacquet, partie 4. chap. 34. lequel remarque aussi que les parens ne peuvent pas opposer cette qualité d'étranger & d'aubain, parce qu'elle ne peut produire que le droit d'aubaine, qui n'appartient qu'au Roy seul. L'enregistrement est nécessaire au Parlement, parce qu'il n'y auroit point égard dans les jugemens des procès des successions, offices & benefices qui appartiennent à l'aubain naturalisé.

Du reste les Ambassadeurs ne sont pas sujets au droit d'aubaine, & leurs parens leur succedent aux meubles & effets mobiliers qu'ils laissent en France après leur decès. Il y a encore quelques nations & quelques personnes qui en sont exemptes par les privileges accordez par l'expresse Declaration de nos Rois; comme les Marchands frequens les foires de Lyon, & autres qu'on peut voir dans Chopin & dans Bacquet, au chap. *du droit d'aubaine*. Au surplus le Roy a accoûtumé de faire presque toujours don du droit d'aubaine; mais le donataire de ce don doit laisser nécessairement au Fermier du Domaine la somme de 2000. livres, ou le tiers des aubaines qui sont au-dessous; & il n'a

de bon que ce qui reste, cette somme  
& ce tiers deduits.

## CHAPITRE X.

### *Des manans & habitans, & de domicile.*

**L**A qualité de manant & habitant dans un lieu est d'une assez notable consideration pour les droits des personnes; parce qu'elle donne droit à l'habitant & domicilié de participer à tous les avantages du lieu de sa residence: comme aussi elle l'oblige d'en supporter les charges personnelles; elle assujettit à la jurisdiction du Juge ordinaire en action personnelle, aux regles de la police; elle constituë Paroissien, & dans les Pays coûtumiers regle l'ordre & le droit des successions pour les effets mobiliers; c'est pourquoy il n'est pas indifferent de sçavoir ce que c'est que le domicile, qui fait le manant & l'habitant. Ragueau, en son Indice des Droits Royaux & Seigneuriaux, lettre M. au mot *manant*, fait quelque distinction entre ces deux termes, & dit que les manans sont ceux qui sont natifs & demeurans dans le lieu

DU DROIT FRANÇOIS. 155  
depuis tout temps : au lieu que les habitans sont ceux qui y ont seulement transféré leur domicile ; mais il y a plus d'apparence de dire que le terme de manans signifie le domicile actuel, & marque la difference de ceux qui n'ont qu'un domicile civil & de dignité : ou bien manant peut marquer celui qui n'a qu'un seul domicile, d'où il ne s'éloigne que pour voyager. On divise le domicile en naturel & nécessaire, actuel & volontaire, civil & de dignité, & celui qu'on appelle élu. Le naturel est le domicile du lieu où l'on est né, qui ne dépend pas de nous, & que nous ne pouvons point changer : il nous acquiert le droit & la qualité de citoyen de l'Etat, & la denomination du lieu où nous naissons ; ainsi celui qui naît à Paris est François & prend la denomination de Parisien. Et c'est apparamment de cette espece de domicile qu'il faut entendre la loi 7. Cod. de incolis, lorsqu'elle dit que *origo civem facit* ; c'est le lieu que nous appellons proprement notre patrie particuliere : au lieu que la ville capitale & l'Etat entier est seulement la patrie commune, & auquel on dit que nous tenons, s'il faut ainsi dire,

par les racines , & qu'il a certains charmes naturels par lesquels il nous entraîne toujours à lui, & ne nous permet pas de l'oublier.

Il donne une aptitude aux charges & honneurs , & à tous les avantages & privileges personnels qui sont attribuez à ceux qui en sont natifs , ou par les Coûtumes & Statuts, ou par les fondations, comme il assujettit aux conditions & charges de servitudes personnelles , & de mains-mortes dans l'enceinte du territoire.

Le domicile actuel & volontaire dépend entierement du choix & de la volonté de ceux qui le veulent établir; c'est pourquoi il est changeant & muable comme la volonté , peut être multiplié, en quoi il est différent du naturel & d'origine, qui est toujours le même & unique, & ne peut être changé. Il consiste dans la résidence actuelle & effective dans un lieu établie & choisie avec un dessein formé & fixe d'y demeurer jusques à ce qu'on ait formé la resolution de le quitter par quelque raison plausible ; c'est ce que cette loi 7. a expliqué en termes fort elegans : *In eo loco singulos habere domicilium non ambigitur, ubi*

*quis larem rerumque ac fortunarum suarum summam constituit, unde rursus non sit discessurus, si nihil avocet: unde cum profectus est, peregrinari videtur: quod si rediit, peregrinari jam destitit.* C'est donc la volonté de résider & de fixer la demeure qui fait le domicile actuel & l'habitant manant, & ceux qui ne l'ont pas ne sont qu'hôtes & passagers, leg. 1. §. *hospes*, ff. *de his qui effuderint & dejecerint*; & c'est par cette raison que les étudiants, les voyageurs, les marchands, les plaideurs, ne sont pas habitans des villes où sont les écoles & les universitez, les sieges de Justice & les foires, où ils étudient, plaident & font commerce; parce qu'ils n'ont pas la volonté d'y demeurer toujours, mais au contraire de s'en retourner au plus vite, d'abord qu'ils ont fini leurs études, procez, & débité leurs marchandises.

Comme la volonté est un acte intérieur & caché, s'il n'est manifesté par des marques extérieures, les loix ont fait le détail de celles qui peuvent la faire conjecturer, qu'on peut voir en la loi 27. ff. *ad municipalem & de incolis*. C'est sur quoi il avoit été fait un fort beau Règlement, par l'Ordonnance de

Philippe le Bel, rapporté par Monsieur Benoît, sur le mot *et uxorem*, décision seconde, par laquelle il étoit porté que celui qui vouloit établir un nouveau domicile en quelque lieu, étoit obligé d'en faire sa déclaration devant le Juge du lieu, en présence de deux habitans, & sa déclaration étoit écrite dans le registre du greffe de ce Juge, qui ordonnoit qu'un extrait de cette déclaration seroit signifié au Juge de la première demeure. Mais cette Ordonnance qui étoit admirable pour découvrir les vagabons & gens sans aveu, n'ayant pas été observée, l'usage a introduit qu'un certain intervalle de temps étoit nécessaire pour établir le domicile, outre les autres choses, qui ont été marquées par les loix; lequel intervalle M. Bourdin, sur l'Ordonnance de 1539. art. 9. dit être d'un an & un jour; ce qui n'a pourtant lieu que pour les impositions, suivant l'art. 22. contenant règlement des tailles de l'an 1600. & pour la participation des Charges & Privilèges du lieu, & non pas pour les ajournemens & assignations. Le Droit Canonique au chap. *Cum nullus Clericus, de temporibus ordinationum* in 6. semble vouloir que le

domicile actuel donne d'abord la qualité de diocésain, a l'effet d'attribuer à l'Evêque ordinaire la faculté de conférer les Ordres Ecclesiastiques.

Mais par l'usage généralement observé, Messieurs les Evêques suivent ordinairement la disposition de la loi 2. Cod. *de incolis*, laquelle afin que le domicile soit censé changé par la résidence, demande l'espace de dix années, ce domicile ne fait que l'habitant, & non pas le citoyen; & comme il est muable & sujet à changement, aussi peut-il être multiplié: étant certain que par le droit une seule & même personne peut avoir plusieurs domiciles actuels en differens lieux, s'il y tient maison ouverte, & y reside une partie de l'année, & y negotie également, comme il est dit dans la loi *labeo*, ff. *ad municipalem* & *de incolis*.

Le troisième domicile est celui de la Dignité, Offices & Benefices qui est legal, c'est-à-dire, un effet de la loi, qui presuppose que chacun remplit son obligation, & par consequent reside dans les lieux de son Office & Benefice, leg. *Senatores*, Cod. *de incolis*, & ce domicile donne tous les droits & avantages

du domicile actuel, quoique selon quelques-uns il n'assujettisse pas aux Charges onereuses.

La quatrième espece de domicile est celui qu'on appelle élu, qui est de deux sortes ; le premier est élu par contrat : par exemple, quand on prête de l'argent le debiteur élit par le contrat du prêt un domicile pour l'exécution de ce contrat, dans une maison ou endroit situé dans le lieu où le contrat est passé, afin que quand le creancier veut faire des poursuites pour son payement, il ne soit pas obligé d'aller chercher son debiteur dans des lieux éloignez de sa residence, & exposé à de grands frais & des longueurs préjudiciables. Cette élection de domicile a cet effet que le creancier peut faire les commandemens & donner des assignations nécessaires au domicile élu, pour obtenir des condamnations ; & il y en a qui ont même cru qu'il étoit attributif de juridiction au Juge de son lieu : ce qui n'est pas pourtant le sentiment de Loiseau, au Traité des Seigneuries, chap. 14. nomb. 28. lequel est plus probable ; parce que l'ordre des juridictions est public, & ne peut par consequent être changé, par les seules

conventions des particuliers. Or ce domicile faisant partie du contrat est irrevocable pendant la vie de celui qui l'a élu, mais il finit par la mort ; parce que le domicile est un accessoire de la personne , & par conséquent il est impossible que la personne qui n'est plus ait aucun domicile , & que ce qui lui étoit inherant passe à ses heritiers & successeurs.

On est encore obligé d'élire domicile par les Ordonnances dans celui de Procureur qu'on prend pour la poursuite des procez , afin de recevoir la signification des actes & exploits nécessaires pour l'instruction de ces procez ; comme aussi quand on fait des executions & saisies dans le lieu où elles sont faites , suivant le tit. *des executions* , de l'Ordonnance de 1667.

Il y a quelques personnes qui n'ont point de domicile, qui sont ceux qu'on appelle vagabons & gens sans aveu. Les femmes suivent le domicile de leurs maris , leg. *ult. Cod. de incolis* , & n'en ont point en leur particulier ; les enfans de famille n'ont que celui de leurs peres , comme aussi les pupilles sont censez avoir le même domicile que leur pere

162 INSTITUTIONS  
decedé avoit en dernier lieu, ou celui  
de leurs tuteurs.

---

## CHAPITRE XI.

### *Des tutelles, gardes Nobles & bourgeoises.*

**L**orsque les enfans cessent d'être sous la puissance paternelle ils deviennent libres, & sont appellez personnes *sui juris*; ils sont entierement maîtres de leurs biens en propriété & en usufruit. Mais parce que pendant qu'ils sont pupilles & mineurs, ils ne sont pas capables de bien regir & administrer leurs biens, ni bien conduire leur personne, la loi leur tend la main, en suppleant au défaut de leur pere, & substituant en sa place une ou plusieurs personnes qui ayent soin de la personne des pupilles & des mineurs, les défendent en jugement, & pourvoyent à l'administration de leurs biens. C'est ce que marque bien nettement la définition de la tutelle dans ce titre des Instituts de Justinien, & sur-tout ces termes, *vis & potestas*, qui établissent l'autorité du tuteur, avec ces autres, *jure civili data*

*ac permissa*, qui font voir que c'est une invention de la loi, qui l'a introduite & permise pour la nécessité des pupilles, & sur-tout pour leur défense: *Ad tuendum eum qui propter etatem se defendere nequit*; ce qui leur a fait donner le nom de tuteur, à *tuendo*, & comprend principalement le soin de la conservation de la personne du pupille & de son éducation, & conséquemment celui de ses biens. La cause de cet établissement, qui est la nécessité des pupilles, prend sa source du droit naturel, comme dit Justinien, parce que ne pouvant se défendre à cause de l'infirmité de leur âge, il est bien juste & de providence de la loi, qu'elle leur donne des défenseurs qui ayent la force & la puissance requise pour les corriger & les contenir, & faire tous les actes convenables pour la conservation & augmentation de leurs biens. De la considération de ce principe, dépendent tous les droits & les obligations des tuteurs, & ce qui doit être observé en matière de tutelle, où il faut toujours regarder principalement l'utilité des pupilles dans l'établissement des tuteurs; de là vient que les tutelles sont des charges publiques, que ceux à qui elles sont défe-

rées, ne peuvent refuser de gerer, même gratuitement. Ils sont obligez de s'en acquitter avec toute l'exacritude & la diligence possible, parce que la loi les en a chargez & rendus responsables; les pupilles ne peuvent rien faire qui les lie, sans leur conseil & leur autorité; & pour ce qui concerne l'avantage des pupilles & leur administration, ils sont regardez comme maîtres: *Tutor quoad providentiam pupillarem domini loco haberi debet*, dit la loi *tutor 27. ff. de administ. tutor. vel curator*. Le Droit Romain a reconnu trois especes de tutelle; la testamentaire, la legitime & la dative. La testamentaire est celle qui est donnée par le testament du pere, par un effet de la puissance paternelle, & de la confiance de la loi en l'affection & tendresse des peres, qui fait présumer qu'ils font toujours choix d'une personne capable & fidelle, pour la conduite & le menagement de la personne & des biens de leurs enfans. Lorsque le pere n'avoit pas pris ce soin, la loi déferoit la tutelle de plein droit aux plus proches parens du côté du pere, par cette raison que succédant aux pupilles, & pouvant tirer cet avantage de leur parent, il est juste qu'ils

DU DROIT FRANÇOIS. 165  
supportent la charge de la tutelle, afin  
que le profit & la charge ne soient pas  
separez. Cette consideration avoit fait  
recevoir deux autres especes de tutelles  
legitimes, qui étoient celles des patrons,  
& des peres qui avoient émancipé leurs  
enfans. Enfin s'ils n'y avoit point de pa-  
rens paternels, les Magistrats avoient  
soin des pupilles, & leur donnoient des  
tuteurs de leur autorité. Il y eut divers  
changemens pour l'établissement des Ju-  
ges qui devoient avoir cette autorité, &  
on fit diverses loix pour les regler. en  
France Il est certain que par la Coûtume  
generale de tout le Pays coûtumier,  
il n'y a point de tutelle legitime, & que  
toutes les tutelles sont datives; c'est ce  
que nous apprenons de Charondas, en  
ses Pandectes du Droit François, liv. 2.  
chap. 7. Chopin, sur la Coûtume de  
Paris, liv. 2. Imbert, en son Manuel,  
chap. 136. Antoine Loysel, en ses Insti-  
tuts, tit. *des tutelles*, regle 6. Louet,  
lettre T. nomb. 2. & les Auteurs du  
Droit écrit, assûrent qu'on y observe la  
même chose, & entr'autres Mainard,  
liv. 6. chap. 49. ce que Mornac sur la  
loi 17. ff. *de adoptionibus*, atteste aussi,  
excepté les tutelles testamentaires, qu'il

dit y être reçus ; de sorte que l'on peut dire que c'est une coutume generale que toutes les tuteles sont datives : ce qui est vrai par tout , par rapport aux tutelles legitimes qui sont entierement abrogées ; & elles le sont en effet , ou par la nomination des parens, ou par celle du Juge, ou par le pere de famille ; & elles sont datives , parce que les tuteurs sont obligez de prêter le serment devant les Juges , qui confirment la testamentaire, & la nomination des parens, en déferant par leur autorité la puissance de la tutelle , qui devient vraiment par ce moyen une charge publique , & impose la necessité de l'exercer ; ce qui est conforme à la doctrine de Cujas , au 7. liv. de ses Observations , chap. 7. où il tient que les tutelles testamentaires qui ont besoin de confirmation sont datives.

On souffre pourtant dans le ressort du Parlement de Toulouse, la tutelle legitime de la mere & de l'ayeule, suivant l'authentique , *matri & avia*, Cod. *quando mulier tutela officio fungi possit*. Et dans le Pays coutumier on reconnoît cette tutelle naturelle, lorsque les parens n'en reclament pas , & qu'ils l'approuvent par aveu tacite , selon ce qui est

exposé dans le premier tome du Journal des Audiances, <sup>du 32<sup>e</sup> janvier, 1644</sup> liv. 4. chap. 17. Et quoique dans le Pays coûtumier les peres n'ayent pas leurs enfans sous leur puissance, la tutelle testamentaire du pere est néanmoins presque toujours confirmée, s'il n'y a quelque raison inconnüe aux peres, qui porte les Juges à l'exclure : & on voit rarement que les parens s'y opposent ; de sorte qu'on ne pratique guere ce que dit Louet au lieu déjà marqué : nonobstant la nomination des tuteurs faite par les peres, les parens doivent s'assembler pour deliberer sur la confirmation.

Lorsque les enfans ayant leurs peres vivans & étant sous leur puissance, ont des biens aventifs en propriété, & dont les peres n'ont que l'usufruit, suivant la disposition des loix du Code 1. *de bonis maternis*, & *cum oportet, de bonis que liberis*, ils ne peuvent point avoir des tuteurs, parce que la tutelle n'a lieu que pour les personnes libres ; & les peres à raison de leur puissance & de leur usufruit des biens aventifs, en ont l'administration, & sont en droit & même en obligation d'intenter toutes les actions necessaires, & de défendre à celles qui

font intentées pour la conservation du bien de leurs enfans, & même de fournir au frais, suivant la loi premiere déjà citée, & en outre de nourrir les enfans; & si ces enfans sont émancipez par leur pere, il en est le tuteur legitime. Dans le Pays coûtumier où les peres n'ont pas les enfans sous leur puissance, ils n'ont point le droit de la tutelle ni de l'administration; mais les Coûtumes ont substitué en faveur des peres & meres, ayeuls & ayeules, le droit de garde des biens meubles & immeubles, que quelques-uns ont appellé baillies, mains bournies, qui sont destermes qui servent pour expliquer ceux de gardiens & baillistres, dont il est parlé dans l'article 131. de l'Ordonnance de 1539. qui déclare nulles toutes les donations & dispositions testamentaires faites par les mineurs, au profit de ceux qui ont été auparavant leurs tuteurs, administrateurs, baillistres & gardiens, pendant la tutelle & la garde, avant qu'ils ayent rendu compte, payé le reliqua, laissé les biens, & restitué les titres ou papiers aux pupilles. Cette garde est de deux sortes, sçavoir la garde noble & la garde bourgeoise; elles ont cela de commun qu'elles doivent

doivent être acceptées, & que l'acceptation doit être faite en jugement; que le gardien a droit d'administrer les meubles du pupille, & de jouir des fruits des immeubles qui lui sont acquis en propriété, & dont il n'est tenu de rendre aucun compte: mais aussi est-il obligé de payer les dettes mobilières du défunt, les arrerages des rentes & celles des héritages; de faire les réparations nécessaires pour l'entretien des bâtimens & biens en bon état; nourrir & entretenir les mineurs, & leur donner une éducation convenable à leur qualité: ce qui fait qu'il est souvent expédient de renoncer à la garde, lorsqu'il y a beaucoup de dettes, & de charges qui la rendroient onéreuse au gardien.

La différence qu'il y a entre ces gardes, est que la noble n'est donnée qu'aux personnes nobles, & la bourgeoise aux roturiers. La noble est la plus ancienne, & a été introduite à cause des fiefs nobles, car les pupilles ne pouvant pas faire le service en guerre qui y est attaché, ni rendre les hommages, les Seigneurs dominans en prenoient la jouissance faute d'homme & de service; de sorte, que pour empêcher cet inconvénient, on

a substitué des gardiens qui ont été reçus à demander souffrance, c'est-à-dire, que les pupilles soient excusés de rendre l'hommage & le service, parce qu'ils ne peuvent pas le faire à cause de leur âge: & à l'exemple de la garde noble, on a établi dans la suite la garde bourgeoise, qui semble utile aux peres & aux pupilles, parce qu'elle acquiert aux premiers une jouissance qui leur peut être avantageuse, & aux pupilles la liberation de leurs dettes mobilières, & empêche qu'ils ne tombent *in lubricum tutela*; ce qui a quelque ressemblance à l'invention des testateurs dont parle Papinien, au §. *Pollidius*, de la loi 3. ff. *de usuris*, lesquels *lubrico tutela fideicommissi remedium praeferunt*. En second lieu la garde noble est donnée aux peres, meres, ayeuls & ayeules, & la bourgeoise aux peres & meres seulement.

En troisième lieu la noble ne finit qu'à vingt ans pour les mâles, & à quinze pour les filles: & la bourgeoise à quatorze pour les premiers, & à douze pour les autres. En Normandie la garde mineurs appartient au Roy, qui fait fruits siens, lesquels Sa Majesté relâche presque toujours aux mineurs. La C

tume de Paris, au titre de *la garde noble & bourgeoise*, a réglé cela plus exactement que toutes les autres, qui sont toutes différentes entr'elles pour ce regard, bien qu'elles s'approchent presque toutes de celle de Paris, qui porte deux choses également remarquables, sçavoir, que la garde finit par le second mariage du gardien; en telle sorte qu'elle n'est devoluë à aucun autre, & qu'elle n'est plus incompatible avec la tutelle: ce qui prouve qu'outre le gardien il faut un tuteur pour défendre le pupille en jugement, & intenter ses actions, & l'autoriser dans les actes qu'il a à passer; mais que le gardien peut être nommé tuteur, s'il est trouvé à propos par les parens.

Lorsqu'il est nécessaire de pourvoir de tuteur au pupille, la mere, & a son défaut le plus proche parent, sont en obligation de faire les diligences requises pour cela: & s'ils manquent à ce devoir, ils sont privez de la succession de leurs enfans ou parens, s'ils decedent dans la pupillarité, suivant la loi, *sciant*, cod. de *legitimis hæredibus*, & la loi *omnem*, cod. *ad Senatusconsultum Tertullianum*; ce qui a lieu sur-tout lorsque les meres, après avoir accepté la tutelle de leurs

enfans, & en avoir été privées par des  
 secondes nôces, ne s'acquittent point de  
 cet office de pieté, comme a fort bien  
 déclaré Monsieur Dolive, liv. 3. de ses  
 questions, chap. 5. Enfin lorsque les  
 pupilles n'ont point de meres & des pa-  
 rens, ou qui negligent de leur faire don-  
 ner des tuteurs, les substituts de Mes-  
 sieurs les Procureurs Generaux, ou les  
 Procureurs Fiscaux des Seigneurs, peu-  
 vent, & il est même du devoir de leur  
 charge d'y pourvoir, parce que c'est  
 une chose *que ad curam publicam perti-  
 net*, leg. *divus Severus*, ff. *qui petant  
 tutores vel curatores*; & pour y parvenir  
 il faut faire assigner les parens devant le  
 Juge competent, qui est à l'égard des  
 pupilles roturiers, le Juge du domicile  
 de leurs peres & meres défunts, quand  
 même il ne seroit qu'un simple Juge  
 Banneret, & d'un Seigneur qui a la  
 Justice moyenne; car il a été jugé que  
 la dation des tutelles appartient a cette  
 Justice, suivant l'Arrêt rapporté par  
 Monsieur la Roche, au traité *des ma-  
 tieres feudales*, chap. 46. art. 1. & par  
 Monsieur Mainard, liv. 2. chapitre 19.  
 Pour les nobles elle appartient aux Se-  
 nechaux, par la disposition de l'art. 6.

DU DROIT FRANÇOIS. 173  
de l'Edit de Cremieu. L'assignation aux  
parens est ordinairement donnée en con-  
séquence d'une Ordonnance obtenuë sur  
requête, qui marque un jour & une  
heure certaine pour se rendre devant le  
Juge, afin de proceder à la nomination  
d'un tuteur. Il faut observer qu'il est  
nécessaire d'appeller un nombre notable  
des parens, tant du côté paternel que  
maternel; s'ils obeïssent à l'assignation,  
& qu'ils se trouvent à l'assemblée, il est  
procedé à la nomination d'un tuteur qui  
est jugé le plus capable par pluralité des  
suffrages; sinon il est ordonné que les  
parens qui sont presens feront cette no-  
mination aux perils, risques & fortunes  
des absens: & s'il n'en venoit aucun à  
l'assemblée, le Juge pourroit nommer  
un tuteur d'office aux perils & risques  
des absens & défailans, & de sa seule  
autorité; c'est une juste peine de leur  
contumace, parce qu'il ne leur doit pas  
être permis de manquer au mandement  
qui leur est donné par la Justice pour  
une chose si nécessaire.

Après que nos Auteurs François ont  
établi que toutes les tutelles sont électi-  
ves & datives en France, ils nous ap-  
prennent qu'il y a trois sortes de tuteurs,

*la coutume  
de Paris*  
 ſçavoir, les honoraires, onéraires & ſub-  
 rogez. Les premiers ſont de deux ma-  
 nières ; car il y en a qui ſont donnez  
 ſeulement pour l'avantage des pupilles,  
 & pour les appuyer de leur autorité &  
 de leur protection ; & comme ceux-là  
 ſont des Princes & des perſonnes d'une  
 qualité ou d'une dignité diſtinguée, qui  
 ne ſouffrent pas qu'on les aſſujetiſſe au  
 ſoin & au détail d'une inſpection de tu-  
 telle, on tient qu'ils ne ſont nullement  
 reſponſables ; & c'eſt de ceux-là qu'il  
 faut entendre la regle du Parlement de  
 Paris, rapportée par Monsieur Mai-  
 nard, liv. 2. chap. 96. par lequel le  
 Prince de Montpenſier, qui avoit été  
 nommé tuteur honoraire du Vicomte de  
 Turenne, fut déchargé de l'action ſub-  
 ſidiaire qui étoit intentée contre lui, à  
 cauſe de l'inſolvabilité de celui qui avoit  
 adminiſtré la tutelle.

*ſeconde  
manière  
de tutelle*  
 Ceux de la ſeconde manière ne ſont  
 pas ſeulement établis pour l'honneur &  
 la protection, ni pour adminiſtrer, mais  
 leur obligation eſt d'avoir l'inſpection  
 ſur le tuteur adminiſtrant ; c'eſt ce qui eſt  
 précifément marqué dans la loi 3. §. *cate-  
 ri, ff. de adminiſtratione tutorum*, où il eſt  
 dit que, *Tutores honorarii dati ſunt quaſi*

*observatores actus ejus qui gerit & custodes, imputabiturque eis si male conversari videatur, cur suspectum non fecerint, assiduè igitur & rationem exigere ab eo eos oportet, & sollicite curare qualiter conversetur: blandiuntur enim qui putant honorarios tutores omnino non teneri, tenentur enim excussis prius facultatibus ejus qui gessit.* C'est par la forme de la condition de la nomination, qu'on connoît de quelle de ces deux especes est le tuteur honoraire.

Celui qui porte le poids & la fatigue de l'administration tutelaire, est appellé par les Auteurs du Pays coûtumier *le tuteur oneraire*, qui est obligé de prendre avis & d'interposer dans les actes l'autorité du tuteur honoraire, sans quoi sa conduite seroit suspecte; & ces sortes de tuteurs sont regardez comme des agens, & *actores*; ce qui fait qu'on leur donne souvent un salaire raisonnable pour leurs peines & vacations: quoique par la rigueur du droit il n'en puisse pas être donné aucun aux tuteurs, par cette raison que la tutelle est une charge publique, qui doit être exercée gratuitement; d'autant plus que c'est un office de charité, que les parens, voisins &

concitoyens se doivent rendre mutuelle. Mais quand la tutelle est difficile & laborieuse, d'une telle maniere qu'elle consume tout le temps & toute l'application d'un tuteur, qui en auroit besoin pour ses propres affaires & pour son entretien, on peut, on doit même lui en accorder, & on employe pour prouver cette proposition la loi 1. §. *si pupillus*, ff. *de tutela & rationibus distrahendis*, qui est formelle, conformément à laquelle Ferriere, sur la question 68. de Gui Pape, le décide en faveur des tuteurs; mais il est à remarquer que la loi & les Auteurs desirent que ce salaire soit réglé par le Juge, lors de la nomination à la tutelle, ou par les parens du pupille; c'est une precaution dont le tuteur qui a besoin de salaire, doit s'aviser à l'entrée de son administration; autrement il lui seroit fort difficile de l'obtenir dans la reddition de son compte.

Les tuteurs subrogez sont donnez pour assister à l'inventaire des effets pupillaires, & pour autoriser le pupille dans le procès qu'il peut avoir contre le tuteur ordinaire. On ne suit pas en cela dans le Pays coûtumier, où ces sortes de tuteurs son seulement en usage, la regle du

Droit Romain, qui porte que *tutorem habenti tutor dari non potest*. On a jugé que l'inventaire obligeant le tuteur ordinaire à le charger des effets qui y sont contenus, & en quelque maniere le pupille à s'en tenir à la foi de l'inventaire; il étoit nécessaire que le pupille fût assisté d'un tuteur qui l'autorise dans une obligation reciproque: mais la charge de ce tuteur subrogé est entierement limitée, à la confirmation de l'inventaire, & à l'autorisation pour la poursuite des procès, ou décision des affaires contre le tuteur ordinaire; & c'est par cette raison qu'il a été jugé par les Arrêts rapportez par Peleus, en ses Questions illustres, chap. 8. & par Loüet & Brodeau, lettre T. nombre 13. que ce tuteur n'est aucunement responsable de la mauvaise gestion du tuteur ordinaire. On voit encore par l'usage de ces tuteurs subrogez, qu'on n'observe pas aux Pays coutumiers l'authentique *minoris*, cod. *qui dare tutores vel curator. poss. & qui dari non poss.* par laquelle les creanciers & les debiteurs du pupille, ne peuvent point lui être donnez pour tuteurs; & c'est ce que Charondas a fort bien observé, au liv. 2. chap. 7. de ses Pande-

êtes du Droit François. On en use de même dans le Pays du droit écrit, où les tutelles étant toutes datives ou électives, aussi-bien qu'au Pays coûtumier, on a estimé que les parens qui nomment le tuteur peuvent passer par dessus cette considération; cela fut ainsi jugé par un Arrêt rendu en la Grand' Chambre du Parlement de Toulouse le 8. Mars de l'an 1685. en la cause des enfans pupilles de Lanusse marchand, & de Bourrel aussi marchand, ancien Capitoul de cette ville.

La premiere obligation des tuteurs est de faire un inventaire exact & fidele de tous les effets mobiliars & autres biens des pupilles, dont il se chargent par cet inventaire; c'est ce qu'il ne peut ômettre sans encourir le reproche de manquer au premier pas, & sans se rendre coupable d'un dol & d'une fraude évidente; d'autant qu'on ne peut de bonne foi prendre les effets qu'on doit restituer à un pupille, qui n'est pas en état de connoître ce qui lui appartient, sans lui donner le moyen de sçavoir au vrai ce qui lui doit être restitué; & il est manifeste que l'ômission de cet inventaire marque le dessein premedité du

tuteur d'avoir les biens du pupille à sa discretion pour s'en prévaloir, ou que du moins c'est une negligence si extraordinaire qu'elle est équipollente au dol & à la fraude, suivant la regle du Droit : & c'est ce qui est déclaré dans la loi 7. *qui tutor, ff. de administr. tut. vel cur.* C'est pourquoi les tuteurs qui ont commis cette faute sont condamnez à payer la valeur des meubles, suivant l'estimation que les pupilles en affirment par serment, qui leur est déferé jusques à certaine somme ; joint la commune renommée qui appuye le serment *in litem*, de laquelle ils sont reçus à informer, c'est-à-dire, à faire la preuve par témoins de la quantité, qualité & valeur des meubles : ce qui n'a pas lieu contre les heritiers des tuteurs, si ce n'est qu'on justifie qu'ils sont eux-mêmes coupables de dol personnel, *leg. penult. & ult. cod. de in litem jurando*. Mais si le pere à défendu la confection de l'inventaire, le tuteur ne doit pas le faire, ou du moins il n'est pas censé en fraude, suivant la loi dernière, *cod. arbitrium tutela*, & la doctrine du President Faber, en son Code, livre 3. titre 5. définition 43.

Après l'inventaire fait, l'Ordonnance d'Orleans, art. 102. ordonne aux tuteurs de faire vendre par autorité de Justice, les meubles perissables, & d'en employer le prix en rentes ou heritages, par l'avis des parens & amis, avec les deniers comptans qu'ils auront trouvez dans la succession du pere du pupille; à peine de payer en leur propre nom les profits de ces deniers. Charondas au lieu déjà cité, rapporte un Arrêt du Parlement de Paris, par lequel un tuteur qui avoit manqué à faire la vente des meubles, fut condamné à payer, outre l'interêt de la somme du prix des meubles, cinq sols par livre d'augmentation.

Enfin le tuteur est en obligation d'apporter toutes sortes de soin & d'application pour l'administration des biens & la conduite du pupille, en sorte qu'il est tenu de la plus petite negligence, *leg. contractus, ff. de regulis juris*, & Petrus Faber sur cette loi, soit qu'il ômette ce qui est nécessaire pour l'utilité du pupille, ou qu'il fasse quelque chose qui lui soit préjudiciable; mais il est surtout obligé de pourvoir à son entretien & à son éducation, suivant la qualité & la quantité de ses biens: ce qu'il doit

faire regler ou par le Juge, ou par l'avis des parens, pareillement au lieu de l'habitation, & où le pupille doit être élevé : ce qui dépend & du conseil des parens & de la prudence du Juge, qui doit principalement veiller à ce que le pupille *sine ulla maligna suspicione alatur*, comme on voit par les tit. du dig. & du cod. *Ubi pupillus educari vel morari debeat*. Le tuteur doit enfin autoriser tous les actes qui sont passez, sans quoi ils sont nuls de plein droit, & n'obligent pas les pupilles; en telle sorte que c'est une maxime de droit que les pupilles peuvent bien faire leur condition meilleure, sans l'intervention & l'autorité de leurs tuteurs, & que tous les actes qu'ils passent à leur avantage sont valables, mais non pas se prejudicier, ce qu'ils sont toujourns censez faire lorsqu'ils s'obligent; c'est pourquoi la loi exige que l'acte soit autorisé à l'instant & dans le même temps qu'il est passé: en telle sorte que si l'approbation du tuteur étoit antérieure ou subsequente, l'acte ne seroit pas rendu valable; & Charondas au lieu déjà cité, rapporte un Arrêt du Parlement de Paris par lequel cela fut ainsi jugé.

Au surplus on est déchargé de la tutelle ou avant la gestion, lorsqu'elle a été déferée & qu'on refuse de l'accepter, ou après qu'on l'a administrée; cependant la tutelle étant une charge publique, lorsque quelqu'un a été nommé tuteur, & que la nomination est autorisée par le Juge, il ne peut se défendre de l'accepter, s'il n'a point d'excuse & d'exemption legitime; & depuis que cela lui a été notifié, il est responsable des biens du pupille, & de la perte qui pourroit survenir à cause de son abstention. C'est pourquoi ceux qui ont des causes d'excuses valables, les doivent d'abord proposer dans l'assemblée des parens, ou interjetter appel de leur nomination, & de l'ordonnance du Juge qui la confirme, & qui porte que le tuteur nommé viendra prêter le serment; ce qui fait que notre usage pour les excuses de la tutelle, est différent de celui du Droit Romain, rapporté au §. *qui autem, de excusationibus tut. vel curat.* des Instituts, où il est dit que ceux qui prétendent s'excuser de la tutelle, ne doivent pas avoir recours à l'appel, mais seulement proposer leurs excuses: pour lesquelles on suit la disposition du Droit

Romain, tant pour le nombre des enfans que pour les autres, qui sont rapportées dans les livres du Droit. Mais pour ce qui est de l'âge, qui est de 70. ans par la loi unique, *cod. qui etate se excusant*, quelques-uns croient que celui de 60. ans suffit pour excuser de la tutelle, parce qu'on a reconnu qu'en cet âge les forces du corps, qui sont nécessaires pour l'administration des biens, sont extrêmement affoiblies; & Charondas en rapporte un Arrêt du Parlement de Paris, au même lieu si souvent cité, où il explique encore l'excuse marquée dans le §. *similiter*, des Instituts, par la qualité des tutelles, & dit que par notre usage si les mineurs ont de grands biens, ou qu'ils ayent des affaires difficiles, il ne leur est pas utile qu'on leur donne un tuteur qui ne sçache ni lire ni écrire; & qu'il n'est pas raisonnable de charger d'un tel fardeau une personne qui ne seroit pas en état de le porter: mais que si ces tutelles consistent seulement au regime des biens, qui peuvent être bien gouvernez par l'industrie d'un homme de bon sens, & d'un pere de famille diligent, le tuteur non lettré ne peut pas s'excuser de la tutelle, comme il s'observe

à l'égard de celles des enfans de gens de métier, laboureurs & payfans.

Les Avocats des Cours Souveraines sont excusez de cette charge par la loi *sancimus*, cod. *de advocatis diversorum judiciorum*, & la loi *semper*, §. penult. ff. *de jure immunitatis*, & c'est le sentiment de Monsieur Duranti, en la question 34. & de Ferriere dans sa note sur cet Auteur, qui tient en même temps que les Procureurs n'ont pas le même avantage: l'exemption en est accordée à plusieurs Officiers de nouvelle creation par les Edits de nos Rois; ce qui semble n'être pas conforme à l'esprit de la Police Romaine, qui n'accordoit cette exemption, qu'elle regardoit comme un privilege fort singulier, qu'à fort peu de personnes.

Lorsque la tutelle a été acceptée, elle finit par la puberté du pupille, qui est réglée par le Droit Romain à l'âge de 14. ans pour les garçons, & de 12. pour les filles, comme pour ce qui concerne le mariage; mais par la plûpart des Coustumes, & principalement par celle de Paris, à l'âge de 25. ans, sans difference de sexe. Les pupilles étant devenus adultes, mais étant encore mineurs, ont be-

soin de l'assistance & du conseil des curateurs dans le Pays du droit écrit. Dans le Pays coutumier la tutelle & la curatelle étant presque confonduës, les pupilles & les mineurs demeurent sous la puissance de leurs tuteurs jusqu'à l'âge de 25. ans, suivant le témoignage de Charondas; & c'est en ce sens qu'il faut peut-être entendre les Ordonnances, qui défendent aux mineurs de contracter mariage sans le consentement de leurs curateurs. Il est vrai que cette tutelle paroissant souvent trop longue aux mineurs, ils obtiennent des Lettres du Roi, qu'on appelle *de benefice d'âge*, par lesquelles il leur est permis de regir & d'administrer librement leurs biens, sans l'assistance des tuteurs & curateurs, sans néanmoins le pouvoir d'aliéner ni hypothéquer; mais ces Lettres ne sont ordinairement accordées qu'après l'âge de vingt-ans aux mâles, & de dix-huit aux filles: & elles doivent être enterinées par le Juge Royal, & registrées dans les registres; l'usage en a été pris du Droit Romain, au titre, *De his qui veniam etatis impetrarunt.*

On est privé de la tutelle quand on administre mal, & qu'on dissipe les

biens du pupille par une conduite suspecte & frauduleuse, ce qui descend du Droit Romain & des Loix des douze Tables, qui avoient introduit d'accuser de tuteurs suspects ceux qui gouvernoient mal les affaires de la tutelle, ou par un esprit de fraude, ou par un effet de leur negligence; ce qui n'est reçu ordinairement en France que de la part du Procureur du Roi, ou des principaux parens, & n'on pas du chef d'un particulier: & quoique ce soit une espece d'action publique, les particuliers ne sont pas reçus à l'intenter en France. Les tuteurs ne sont pas privez de la tutelle faute de donner des cautions suffisantes; parce que la nomination des parens ou du pere les garantit de toute sorte de soupçon, & leur tient lieu de caution. Il est vrai que quant il y a plusieurs tuteurs nommez, l'un d'eux peut en offrant de donner caution, contraindre son cotuteur à en donner aussi, & à faute par lui de le faire, il sera préféré pour l'administration, suivant le Droit, au tit. des Instituts, *de satisfatione tutor. vel curator.* qui est observé par les Cours Superieures du Royaume, comme il est attesté par Monsieur Mainard,

DU DROIT FRANÇOIS. 187  
liv. 4. chap. 18. de ses Questions. Mais  
quoique les parens nomment des tuteurs,  
ils ne sont pas responsables de leur insol-  
vabilité, pourvû qu'ils ayent nommé de  
bonne foi un homme qui étoit commu-  
nément tenu pour homme de bien &  
solvable au temps de la nomination.  
C'est la décision des Arrêts rapportez  
par Louet & Brodeau, lettre T. nomb.  
18. parce que ce n'est pas le défaut des  
biens qui tend un tuteur suspect ; mais  
sa mauvaise foi & sa mauvaise conduite,  
suivant la loi *si creditores*, ff. de privile-  
giis creditorum, & que l'office des parens  
étant nécessaire & de simple conseil,  
& de charité, il ne doit pas leur porter  
dommage ; ce qui a aussi été jugé dans  
le Pays du Droit écrit, ainsi que rap-  
porte Mainard, liv. 6. chap. 56. qui cite  
la loi seconde, §. *si ex tempore*, ff. de  
*administratione rerum ad civitates perti-  
nentium.*

Les autres moyens par lesquels les  
fonctions de tuteur sont suspenduës ou  
cessent, sont marquez par Justinien en  
ses Instituts, & il n'y a rien de particu-  
lier dans le Droit François pour ce re-  
gard, ni pour les personnes qui peuvent  
être nommez tuteurs, si ce n'est pour ce

qui concerne la mere, laquelle quoique mineure est reçue à exercer la tutelle de ses enfans, lorsqu'elle lui a été déferée par le testament de son mari, & pere commun des pupilles en cette occasion, à cause de sa qualité de mere, & de la volonté du pere. On passe par-dessus la disposition du Droit commun, qui défend aux mineurs d'exercer la tutelle, par cette raison naturelle, que ceux qui ne sont pas capables de faire leurs propres affaires, & ont besoin du secours d'autrui, ne sont pas en état de guider les autres. Cambolas rapporte un Arrêt du Parlement de Toulouse, par lequel cette Jurisprudence singuliere a été établie.

La tutelle étant finie par la puberté du pupille, ou par l'âge marqué par les Coutumes, ou par sa mort, ou celle du tuteur, le même tuteur ou ses heritiers, sont en obligation de rendre compte de la gestion au pupille ou à ses successeurs, par l'action dont il est parlé dans le titre du dig. *tutelæ & rationibus distrahendis*, où la loi 1. établit pour regle generale, que le tuteur est chargé de tout ce qu'il devoit faire, & qu'il n'a pas fait, ou qu'il a fait & qu'il ne devoit pas faire; & qu'en

DU DROIT FRANÇOIS. 189  
un mot il est tenu *prestare dolum, levem  
culpam, & quantam in rebus suis dili-  
gentiam*, & qu'il est responsable par  
consequent de tout ce qui est perdu par  
sa faute & par sa negligence. La forme  
du compte a été réglée par l'Ordonnan-  
ce de 1667. au titre *de la reddition des  
comptes*, duquel il résulte que le compte  
est composé de trois chapitres ; sçavoir ,  
de recette , dépense & reprise. Le pre-  
mier charge le tuteur de tout ce qu'il a  
pris ou dû prendre , & tous ces articles  
en sont allouez , parce que le comptable  
en est debiteur par sa propre confession :  
mais on réserve au mineur la preuve de  
la plus ample recette , lorsqu'il la sou-  
tient. Le chapitre de la dépense va à la  
décharge du tuteur , & les articles ne  
luy sont passez que lorsqu'ils paroissent  
justes , & qu'ils sont justifiez par des  
quittances , si ce sont des sommes qui  
excedent celles de cinq sols , suivant le  
sentiment de du Moulin ; si ce n'est que  
les dépenses soient nécessaires & ordinai-  
res , & qu'il ne soit pas possible de reti-  
rer quittance des payemens : car alors on  
les passe à la charge du serment , suivant  
la doctrine de Mornac , sur la loi 15. ff.  
*ad exhibendum.*

La reprise est composée de promesses, obligations & effets, dont le tuteur s'est chargé en recette, dans laquelle il doit se charger de tout ce qui est contenu dans l'inventaire; & il en est déchargé par la reprise, en représentant & remettant au pupille les effets: ce qui a lieu à l'égard des promesses & obligations, si le tuteur a fait les diligences nécessaires pour s'en faire payer, dont il doit faire apparoir; si ce n'est qu'il justifie que les débiteurs étoient notoirement insolubles, lorsque la tutelle a commencé. Il doit encore représenter les autres effets en bon état: & s'ils ont été détériorés par sa faute, ou par sa négligence, il doit payer la valeur des détériorations, suivant l'estimation d'Experts.

Il faut observer qu'à l'égard des intérêts des épargnes que le tuteur a faites sur les revenus du pupille, on observe en France la rigueur du Droit Romain, qui les mettoit au nombre des sommes principales après le temps prescrit aux tuteurs pour placer les deniers pupillaires, & leur faisoit produire des intérêts annuels au profit des pupilles, qui étoient ensuite employez à la recette, faisoient une nouvelle multiplication d'intérêt au

DU DROIT FRANÇOIS. 191  
profit du pupille, leg. 58. §. *pupillo*, ff.  
*de administr. tut. vel curat.* ce qui fai-  
soit que ces interêts étoient appellez par  
distinction *Interêts pupillaires*, comme  
étant convertis en sort principal, produi-  
sant de nouveaux interêts, ainsi que  
dit cette loi.

Les Ordonnances de nos Rois ont si  
fort désiré que les tuteurs rendent  
promptement compte de leur admini-  
stration, que par l'article 131. de celle  
de 1539. ils ne peuvent point être insti-  
tuez heritiers, ni même leurs femmes &  
leurs enfans, ni aussi recueillir aucune  
liberalité des pupilles, tandis qu'ils sont  
comptables & debiteurs, pour le reliqua  
de leur tutelle, pour le payement du-  
quel les pupilles ont une hypoteque le-  
gale, sur le bien de leur tuteur, depuis  
le jour de leur nomination, aux termes  
de la loi *pro officio*, cod. *de administr.  
tut.* mais cette hypoteque n'est pas reci-  
proque au profit des tuteurs, lorsqu'ils  
se trouvent creanciers par la clôtur de  
leur compte, suivant les Arrêts de Louet,  
lettre T. nomb. 23. & outre l'action  
hypotequaire, les pupilles ont la con-  
trainte par corps, suivant l'Ordonnance  
de 1667. au titre *de la décharge des con-*

*traintes par corps, article 3. qui dit ;  
 Pourront les tuteurs & curateurs être con-  
 traints par corps apres les quatre mois ,  
 pour les sommes par eux dûes , à cause de  
 leur administration , lorsqu'il y aura sen-  
 tence , jugement , ou arrêts diffinitifs, &  
 que la somme sera liquide & certaine.*

Le Droit Romain ayant stitué que la tutelle seroit finie à 12. & 14. ans , considerant d'ailleurs que dans la vivacité de la premiere jeunesse on n'a pas la prudence necessaire pour bien gouverner les affaires , n'a pas crû qu'il fallût abandonner les mineurs à leur propre conduite , & les exposer aux embûches qui leur peuvent être tenduës , à cause de l'infirmité de leur âge , leg. 1 ff. de *minoribus*. C'est pourquoi il a ordonné que jusqu'à l'age de 25. ans accomplis , ils ne pourroient rien faire sans le conseil & l'assistance des curateurs, qui sont ainsi appellez à cause du soin qu'ils prennent des affaires des mineurs ; de sorte que par la fin de la tutelle les mineurs deviennent entierement maîtres de leur personne , mais non pas de leurs biens , dont ils ne peuvent pas traiter ni disposer sans le secours de leurs curateurs , qui leur étoient donnez par les mêmes  
 Juges

Juges qui donnoient les tuteurs; c'est pourquoi l'on dit fort bien, que le tuteur est donné aux personnes, & le curateur aux choses. Le curateur est nécessaire aux mineurs pour plaider, & les assister en jugement: sans quoi ils ne sont pas parties legitimes pour y comparoir & proceder, suivant la loi 2. cod. *qui legitimam personam standi in judiciis habeant vel non*, leg. *acta* 35. §. ult. ff. *de re judicata*; & suivant cette Jurisprudence, il semble nécessaire que le curateur soit établi en telle maniere, que le procès soit poursuivi, tant en son nom qu'en celui du mineur, & que ce curateur soit distinct & separé du Procureur & Avocat qui le défendent. Néanmoins c'est l'usage du Parlement de Toulouse, que les mineurs pour plaider n'ont point d'autre curateur que le Procureur & Avocat qu'ils ont choisi pour les défendre, lequel prête serment de le faire, sans quoi ces poursuites ne seroient pas valables: ce qui a été introduit sur ce fondement que les mineurs ne sont pas obligez de recevoir des curateurs contre leur gré, & qu'ils le peuvent choisir pour une seule affaire; d'autant que la curatelle n'est pas generale comme la tutelle, on a crû

que cela étant ainsi, les mineurs pouvoient prendre leur Procureur ou Avocat pour curateur *ad lites* seulement. Mais ces sortes de curateurs ont leur pouvoir borné & limité à la poursuite des procez : & il en faut prendre un autre si le mineur a besoin de passer quelque contrat, ou quelque acte hors jugement qui ait besoin du conseil d'un curateur ; par exemple, le contrat de mariage contenant constitution de dot, donation d'immeubles, & autres conventions matrimoniales, ce qui est surtout à considérer pour les payemens que les debiteurs des mineurs leur veulent faire, lesquels ne sont pas valables si les mineurs ne sont pas assistez de leurs curateurs, suivant la loi *sancimus* 25. cod. *de administratione tutorum vel curatorum*, ce qui s'entend néanmoins pour les sommes dûes en capital ; parce que s'il ne s'agit que des simples intérêts, les mineurs en peuvent recevoir le paiement & donner quittance valable, sans l'assistance de leur curateur, suivant la même loi ; & par cette raison ils peuvent aussi percevoir le revenu de leurs biens : d'où il s'ensuit aussi que les mineurs ne sont pas obligez de prendre un curateur s'ils ne

veulent ; car puisqu'ils peuvent prendre leur revenu sans l'assistance du curateur, ils n'ont que faire d'en avoir lorsqu'ils n'ont pas de procès ni d'acte à passer qui tende à l'alienation de leurs biens immeubles. Ainsi ils peuvent sans doute passer eux seuls contrat de bail à ferme de leurs biens, & même suivant la doctrine de Cujas, sur la loi *puberes* 101. ff. de *verborum obligationibus*, les simples obligations personnelles contractées par les mineurs sans curateur sont valables ; & il n'y a que les contrats d'alienation des biens immeubles qui leur soient défendus : ce qu'il établit sur la raison que les curateurs ne sont point donnez aux personnes, mais seulement aux choses, ce qui fait que leur intervention n'est pas nécessaire pour les obligations personnelles des mineurs, comme l'est celle des tuteurs pour l'obligation personnelle des pupilles. Il est vrai que si les mineurs sont lésés, ils ont toujours le bénéfice de la restitution en entier.

A l'égard des fous, imbecilles & insensés, auxquels on donne des curateurs, ce sont en quelque sorte des tuteurs ; car ils sont chargez non seulement de l'administration des biens, mais aussi du

soin de la personne des fous & imbecilles : la nomination en est faite à l'instance des parens, & sur leur élection. Il en est de même des prodigues, qui sont regardés comme des fous, parce que *quantum ad bona attinet, furiosi faciunt exitum*; mais il est nécessaire avant de pourvoir de curateur au prodigue, qu'il soit déclaré tel par ordonnance du Juge, sur l'enquête qui aura été ordonnée & rapportée de sa dissipation, & de sa mauvaise conduite. Et pour les fous & imbecilles, il est ordinairement ordonné par le Juge qu'ils seront visitez par des Medecins & Chirurgiens. Les femmes qui vivent dans la débauche & dans le déreglement, sont traitées comme prodigues: *Mulieri qua luxuriose vivit, bonis interdici potest*, dit le Jurisconsulte Paulus, en la loi 15. ff. de curatoribus furioso.



INSTITUTIONS  
DU  
DROIT FRANÇOIS.  
LIVRE SECOND.

---

CHAPITRE I.

*Des choses , & des moyens d'en  
acquérir la propriété.*

**L**E second objet, ou la seconde  
matiere de la Jurisprudence  
consiste aux choses corporel-  
les & incorporelles ; & c'est  
de quoi Justinien a traité dans le second  
& troisiéme livre des Instituts , & par-  
tie du quatriéme , jusqu'au titre *des ac-  
tions* , où il marque les moyens de les ac-  
quérir , tant par le droit des gens que par  
par le droit civil ; car toutes les nations

étant demeurées d'accord par un consentement tacite & unanime, qu'il étoit nécessaire pour prévenir les fréquentes occasions de discorde, & établir la paix entre les bons citoyens, & porter les gens au travail, soin & culture des terres, de partager les biens, & de les diviser par des portions distinctes; on n'a pû éviter de reconnoître & d'établir divers moyens, par lesquels ces biens devinssent propres & particuliers à un chacun: à quoi le droit des gens ayant mis la première main, le droit civil est venu ensuite à son secours, & a consommé l'ouvrage, comme il est fort bien observé par le Jurisconsulte dans les loix 5. & 6. du titre *de justitia & jure*, au dig. Or comme c'est la prérogative de l'ancienneté de précéder, ce qui n'est venu qu'après, il est sans doute convenable de commencer par les moyens d'acquérir, qui ont été introduits par le droit des gens, plus ancien que le droit civil, lesquels regardent presque toutes les choses singulieres; & c'est ce que Justinien a fait dans le premier titre du second liv. & dans la suite il explique les moyens que le droit civil a établis pour acquérir, tant les choses particu-

fières que les droits universels, qui sont les institutions hereditaires, substitutions directes & fideicommissaires, les successions *ab intestat*, & ensuite il passe aux obligations; mais comme on ne peut bien entendre tous ces moyens sans connoître les diverses especes des choses, selon qu'elles sont ou ne sont pas sujettes à l'acquisition de leur propriété, Justinien a commencé par leur division, laquelle est comme dit Theophile, une description & designation en abrégé d'une matiere generale & universelle: & il divise les choses en cinq especes, dont il y en a quelques-unes qui sont communes par le droit naturel, comme l'air, l'eau coulante, la mer, & par consequent les rivages de la mer; quelques autres sont publiques, comme les fleuves, les ports & l'usage des rivieres, sur lesquelles les particuliers n'ont aucun droit de propriété, & qui appartiennent au Prince ou à la Republique; il y en a qui appartiennent aux villes & communautez, comme les maisons & places publiques, & autres lieux qui servent à l'usage commun des habitans. Il y en a qui n'appartiennent à personne; telles sont les choses sacrées, religieuses & saintes. On

appelle sacrées celles qui ont été solennellement consacrées par les ministres du Seigneur, suivant les ceremonies prescrites par les Rituels ; telles sont les Eglises, les Vases sacrez, destinez pour la celebration du service divin : & cette consecration étoit si recommandable chez les Romains, qu'elle n'étoit point effacée par la démolition des lieux sacrez, nonobstant laquelle ils en conservoient toujours la qualité. La sepulture rendoit religieuse toute l'enceinte du tombeau, & les Romains en choisissoient le lieu à leur volonté. La difference essentielle qu'il y avoit entre les choses sacrées & les choses religieuses, étoit que les premières ne pouvoient être rendues telles que par l'autorité publique ; au lieu qu'il ne falloit que l'autorité privée des particuliers & propriétaires pour les autres. Les murailles & les portes de la Cité avoient le titre de choses saintes, qui sembloient être en quelque maniere du droit divin, & partant n'être à personne ; & par ce moyen les choses qui n'étoient à personne étoient subdivisées en ces trois especes cy dessus mentionnées ; apres quoy la 5. espece des choses appartenantes aux parti-

culiers, qui sont en plus grand nombre que toutes les autres, comme le marquent ces termes de Justinien, *pleraque singularum*. Mais les différentes qualitez des choses souffrirent divers changemens par le droit des gens, étably par l'usage & la nécessité des nations : car ce qui étoit d'abord commun à tous les hommes par le droit naturel, c'est à dire, par celui qui fut inspiré & attribué par la loi de nature, fut réduit & rendu particulier par le droit des gens, qui fit le partage de toutes choses & en distingua la propriété : & les choses qui étoient d'abord communes furent renduës publiques ; & c'est ce qui fut pratiqué à l'égard des rivages de la mer & de l'eau coulante, dont l'usage fut rendu public par le §. *littorum*, des Instituts de Justinien, n'y ayant que la simple & nuë propriété qui demeura dans la cathégorie des choses communes, laquelle n'étoit pourtant d'aucune apparence pour les effets, & étoit seulement *in juris intellectu* : & c'est ce que Justinien a fait fort bien comprendre dans ce même lieu, en disant, que *proprietas littoris potest intelligi nullius esse, sed ejusdem juris cujus & mare* ; d'où l'on peut encore inferer que

la mer & le rivage sont sujets aux mêmes regles, & qu'ainsi l'usage des mers qui avoisinent les côtes & les terres, n'est plus commun, mais seulement public, & appartient aux peuples voisins : & cet usage emporte & couvre entierement les droits de la propriété, ce qui lui a fait donner le nom de propriété par le Jurisconsulte Celsus, en la loi 4. ff. *ne quid in loco publico fiat*; où il dit qu'il croyoit que le rivage de la mer sur lequel le peuple Romain étendoit son Empire, lui appartenoit, & qu'il avoit droit d'empêcher qu'on ne fît aucune jettée, digue, bâtiment & autre ouvrage dans la mer, si l'usage public en étoit incommodé: ce qui est encore marqué par la loi *venditor*, ff. *communia pradiorum*; où étant établi pour maxime qu'on ne peut point imposer aucune servitude sur la mer, par la seule autorité des particuliers, il est facile de conclure par l'argument du contraire, que cette servitude peut être imposée par autorité publique des Princes, ou Républiques souveraines, laquelle autorité est fondée sur le droit de l'usage absolu qui leur appartient, & qui est plus fort que la propriété, laquelle n'est qu'un reste inutile

du droit natutel : d'où vient que quand il est déclaré dans ce §. *littorum*, que les facultez dont il y est fait mention appartiennent à un chacun ; il faut entendre ce terme un chacun, & le latin *cuilibet*, de ceux du peuple, ou de l'Etat qui est le maître du rivage & des confins de la mer, & non pas des étrangers ; que même à l'égard de ceux du peuple, ces facultez ne leur sont données qu'à cette condition, que l'usage public n'en souffrira aucun empêchement, suivant la loi §. du même titre.

Ce droit des gens qui attribue au peuple le plein usage des rivieres & des mers, a été si bien reçu, qu'on l'a converti en une espece de propriété, & que c'est sur ce fondement que tous les Princes & Etats se sont attribuez cette propriété, & ont étendu leur Seigneurie sur les mers voisines, jusqu'à cent mille pas, à les prendre du rivage, ce qui revient à 25 lieuës de France. Il y en a même qui ont soutenu que c'étoit un trop petit espace, & ont porté leur domination à une distance dans la mer de pareille étendue que celle de leurs terres. Et enfin les Princes puissans ont crû qu'elle pouvoit aller bien avant dans la

pleine mer, se persuadant que la mer n'étoit pas moins susceptible de la sujétion à la seigneurie publique que la terre, & que c'étoit une chose nécessaire pour la sûreté de leurs Etats & la défense de leurs Sujets, qui seroient exposez à l'invasion des ennemis, s'il étoit permis aux étrangers de s'approcher sans leur consentement des mers voisines, & de descendre sur le rivage, qui sont les barrières & limites des Royaumes & Empires. C'est ainsi que les Hollandois prétendent un droit de propriété sur le Zuy-derzée & le Texel; les Venitiens sur leur Golfe, qu'ils épouvent par cette raison tous les ans avec de grandes solennitez; & les autres Souverains en usent de même par tout l'Univers. C'est pourquoi il est très-juste que nos Rois ayent le même avantage, aussi en ont-ils toujours jouï, & fait des Ordonnances pour le reglement & la police de la navigation, du commerce maritime, de la pesche, pour la distribution des choses gagnées sur les ennemis, les profits des epaves que la mer jette sur le rivage. Et comme nos Rois ont par un effet de leur bonté fait part à leurs Sujets de la juridiction & de la puissance publique,

en les rendant Seigneurs Justiciers de divers Territoires ; ils leur ont aussi accordé cet avantage d'exercer les droits de propriété sur les mers aboutissantes à leurs terres, suivant le circuit & l'étendue de leur juridiction: ce qui fait qu'ils ont le droit d'y défendre la pesche, & d'imposer par conséquent quelque redevance pour en accorder la permission, comme il fut jugé en faveur du Seigneur de Perignan en Languedoc, par l'Arrêt rapporté par M. Dolive, liv. 2. ch. 3. lequel fut maintenu à prendre la douzième partie du poisson que les Habitans de ce lieu prennent dans la mer voisine. De même que M. l'Evêque d'Agde au droit de dixme de la pesche qui est faite sur la mer le long du rivage, appelée de *Boulech*, laquelle dixme lui fut pourtant refusée sur la pesche faite par les Tartanes qui vont bien loin des côtes, & en pleine mer.

La bonté de nos Rois a même été si grande, qu'ils ont permis à tous leurs Sujets la pesche dans la mer, ce qui a été expressément déclaré par l'Ordonnance maritime, titre intitulé, *de la liberté de la pesche*, qui est déclarée libre & commune à tous les Sujets, & permise ge-

neralement, tant sur la grève que sur la mer, pourvû qu'ils ne se servent que des engins & filets permis par ladite Ordonnance & spécifiez au titre 2. en prenant un congé de l'Amiral de France, toutes les fois qu'ils vont à la pesche des molluës, maquereaux & harancs sur les côtes d'Irlande, d'Ecosse & d'Angleterre, & dans les autres mers, où toutes ces pesches peuvent être faites, & qu'à leur retour ils remettent au Greffe de l'Amirauté le rapport de leur pesche; à quoi ne sont pas obligez ceux qui ne vont qu'à la pesche des poissons frais, avec batteaux portans mats & gouvernail; ausquels il suffit de prendre congé une fois l'an sans faire rapport, s'ils n'ont decouvert sur leur route quelque chose qui soit important pour le bien de l'Etat.

Cette liberté est si favorisée, que par l'article 1. du titre 3. *des parcs & pescheries*, il est défendu aux Seigneurs des fiefs voisins de la mer, & à tous autres d'exiger aucun droit en deniers ou en poissons sur la pesche qui se fait en mer, & de s'attribuer aucune étendue de mer pour y pescher à l'exclusion des autres, sinon en vertu d'aveus & dénombremens reçus aux Chambres des Comptes avant

l'année 1534. ou de quelque concession en bonne forme ; ce qui fait quelque changement dans la Jurisprudence enseignée par M. Dolive, au sujet de l'Arrêt de Perignan, mais ne rend pas l'usage de la mer commun : parce que la faculté de la pêche n'est rendue libre & commune qu'aux seuls Sujets du Roy, & non pas aux Etrangers. Et d'ailleurs l'Ordonnance usant du terme de permission, fait voir que c'est une faculté que Sa Majesté accorde par un effet de sa bonté.

Mais cette permission ne leur donne pas la licence, suivant le 4. titre de la même Ordonnance maritime, de poser dans la mer des Madragues & des Bourdigues, sans Lettres Patentes du Roy. Les Madragues sont une pêche faite avec filets qui occupent près d'un mille en quarré, pour prendre des thons & autres poissons ; & les Bourdigues un retranchement de roseaux ou de canes, où le poisson est pris & s'enferme en passant ; c'est pourquoy on les fait ordinairement dans les canaux qui communiquent de la mer aux étangs salez, & quelquefois sur le bord de la mer.

Du reste, les étangs qui ont commu-

nication avec la mer, & ceux même qui ne l'ont pas, & qui sont de grande étendue, qu'on appelle lacs, appartiennent au Roy, comme les mers & les rivages, & la liberté de la pesche y est commune.

Quant aux choses publiques, il n'y en a point en France qui appartiennent au peuple, comme au Peuple Romain, parce que dans les Etats Monarchiques ce qui appartenoit au peuple dans la République, appartient au Roy par la loi de la royauté: de sorte qu'on tient que la propriété des rivieres appartient à Sa Majesté, & que c'est un des droits de la Souveraineté, qui se restraint cependant aux rivieres navigables, ou rendues navigables, ce qui a été clairement expliqué par l'article 41. du titre de la *Police & conservation des forêts, eaux & rivieres*, de l'Ordonnance de l'année 1669. parce que le Roy déclare la propriété de tous les fleuves & rivieres portans bateaux de leurs fonds, sans artifices & ouvrages de mains, faire partie du Domaine de la couronne, nonobstant tous titres & possessions contraires, sauf pour les droits de la pesche, moulins, bacs & autres usages que les particuliers peuvent y avoir par

titres & possessions valables, auxquelles ils seront maintenus. Ce qui semble ne pouvoir être étendu qu'aux rivières flottables seulement, dont il n'est pas parlé dans l'article suivant dudit titre, pour ce qui concerne la propriété, mais seulement pour faire le règlement nécessaire, afin d'empêcher qu'on n'entreprene aucun ouvrage dans ces rivières qui puisse être nuisible au cours du flotage : ce que le Roy a droit d'empêcher, tant en qualité de propriétaire des rivières navigables, que pour la liberté de la navigation & du flotage, qui interesse chaque particulier par la nécessité & utilité du commerce, qui est comme le nourissier du genre humain ; puisque c'est la navigation qui fait la communication des personnes & des choses nécessaires pour l'entretien de la vie, par la facilité du transport. Nous observons en cela le titre du droit Romain, *ut in flumine publico navigare liceat*, & ce qui est marqué dans celui de *fluminibus*, *ne quid in flumine publico ripave ejus fiat quo pejus navigetur* ; lesquels ont servi de fondement & de modele, à tout ce que les Ordonnances de nos Rois ont ordonné pour la commodité & la sûreté de la navigation.

Or parce que les fleuves & les rivières navigables sont du domaine de la Couronne, il n'y a que ceux à qui le Roy le permet qui ayent la faculté d'y pescher; tels sont ceux qui ont été reçus pescheurs par les Officiers de la Maîtrise des eaux & forêts sur les lieux, & qui payent tous les ans quelque petite redevance au Roy, pour la permission de la pesche qui est défenduë nommément à toutes sortes de personnes, suivant l'article 1. du titre *de la pesche*, de l'Ordonnance des eaux & forêts; si ce n'est qu'il y ait des particuliers qui ayent le droit de pesche legitimelement établi: car alors ils peuvent commettre des pescheurs, ainsi que bon leur semble, ou par contract de ferme ou bien leurs domestiques, suivant les articles 19. & 20. du même titre. Lesquels pescheurs seront nommez au maitre des eaux & forêts, & prêteront serment d'observer tous les reglemens generaux faits pour la pesche.

A l'égard des rivières qui ne sont pas navigables, elles n'appartiennent pas en propriété au Roy, suivant la disposition de l'Ordonnance des eaux & forêts; d'où il s'enfuit que cette propriété appartient aux Seigneurs Justiciers, dans

l'étenduë de la Justice desquels elles passent, d'autant que nos Rois ont fait part aux Seigneurs Justiciers d'une partie des droits publics, utiles, & qui ne concernent pas *majora regalia*, & les droits éminens qui ne sont pas separables de la Souveraineté. C'est ce que Ferriere dans ses notes sur les questions 414. & 477. de Guy Pape, atteste être observé en France; & que conséquemment les Seigneurs ont droit de défendre la pesche dans ces rivieres aux habitans de leur Seigneurie, & à toute sorte d'autres personnes, comme aussi d'y bâtir des moulins, & d'y faire aucune sorte d'ouvrage; & cet Auteur, pour prouver cette doctrine, cite M. Boyer, en sa question 352. & *Cœpola de fluminibus*, à quoi est conforme le sentiment de Bacquet, au traité des droits de Justice, tit. 30. nombre 25. & de M. le Bret, en celui de la Souveraineté du Roy, chap. 12. liv. 2. Sur quoi M. Antoine Loysel en les instituts coutumiers tit. *de Seigneurie & Justice*, art. 5. & 6. a établi cette maxime generale que les rivieres navigables sont au Roy, & les petites aux Seigneurs des terres voisines, & les ruisseaux aux tenanciers joignans. Ensuite de quoi cet Auteur

declare que les grosses rivières ont pour le moins 14. pieds de largeur, les petites 7. & les ruisseaux 3. & demi. Mais il semble qu'on ne peut mieux faire que de suivre à cet égard les Ordonnances de nos Rois & le droit Romain, qui ont seulement mis au nombre des grosses rivières celles qui sont navigables & flotables; & qui ont distingué les rivières d'avec les ruisseaux par leur grandeur & par l'opinion commune des riverains: *flumen à rivo magnitudine discernendum est aut existimatione circumcolentium, leg. 1. ff. de fluminibus.* Difference qui est remarquée pour regler l'usage & la propriété des uns & des autres; mais il est à observer que cette propriété ne peut regarder que les fleuves & ruisseaux, & non pas la simple eau coulante, qui à cause de sa nature passagere ne peut être à personne; & par cette raison les tenanciers particuliers ne peuvent pas détourner dans leurs terres le cours des rivières non navigables ni flotables, au préjudice de ceux dans les terres desquels lesdites rivières & ruisseaux coulent successivement, ce qui n'a pas lieu à l'égard des fontaines, dont ceux dans le fonds desquels elles paroissent & jail-

lissent peuvent disposer comme bon leur semble , pour leurs usages, & même les consommer entierement, si ce n'est qu'elles fussent la source d'un ruisseau ou d'une riviere qui en fussent decoulez depuis un temps immémorial ; car alors les tenanciers voisins pourroient empêcher que le maître de la fontaine ne détournât le cours ancien & naturel de ces eaux.

On voit par ce qui vient d'être dit, que le droit de pescher dans le port & dans le lit des fleuves , n'est plus commun à toutes sortes de personnes ; & qu'ainsi le §. *flumina* , des Instituts , au titre de *rerum divisione* , est abrogé non seulement pour les rivieres navigables & flotables , mais aussi pour les autres qui passent dans les terres des Seigneurs Justiciers , lesquels en étans les propriétaires peuvent y défendre la pesche, & l'affermir à qui bon leur semble ; ce qui fut ainsi jugé en la Chambre de la Tournele , au rapport de M. d'Orbessan , en la Cause du Seigneur Justicier de Cassaignolle en Languedoc , pour lequel j'avois travaillé au Procès, contre les Habitans du même lieu. M. Claude Ferrière atteste sur ce même §. que le

Parlement de Paris a rendu un grand nombre d'Arrêts semblables; mais quand les rivières ne sont ni navigables ni flottables, & ne passent point dans les terres des Seigneurs, mais dans celles du Roy, il semble que la faculté de pescher doit être commune à tous les Habitans; parce qu'encore que le Roy soit Seigneur du lieu, & qu'on doive conclure de-là que la rivière ne lui appartient pas moins en cette qualité, qu'aux Seigneurs particuliers, & que par conséquent le droit de pesche lui appartient aussi; le Roy ne s'étant réservé par l'Ordonnance que la propriété des rivières navigables, on peut dire qu'il a laissé à ses sujets & justiciables, la liberté de la pesche sur toutes les autres rivières qui sont dans l'étendue de la justice, à l'exemple de ce qu'il a fait à l'égard de la mer.

Les choses appartenantes aux Communautés étoient tout à fait distinguées des publiques; & si on leur donnoit quelquefois ce nom, ce n'étoit qu'en parlant improprement & abusivè, comme dit la loy, parce que le nom des choses publiques ne convenoit qu'à ce qui regardoit le Peuple Romain, & non pas à ce qui étoit aux Villes, Bourgs & au-

tres Communautéz, qui en comparaison du Peuple Romain & pour ce qui concernoit le patrimoine, étoient regardées comme personnes privées & particulières, *leg. 15. & seqq. ff. de verborum significat.* Mais plusieurs prétendent qu'en France on ne suit pas en cela la disposition du Droit Romain, & que les biens & choses communes aux Communautéz seculières, appartiennent au Prince en propriété, & ne sont aux Communautéz que pour l'usage; & qu'elles sont proprement appellées publiques, d'autant qu'il n'y peut avoir de Communauté dans ce Royaume, que par la grace & concession du Roy, qui donne le droit de Communauté par ses Lettres Patentes, qui étoient appellées anciennement *Litteræ communitatis*, dont M. Florent, illustre Professeur de l'Université d'Orléans, rapporte le modele en son traité sur le titre *de constitutionibus*, aux decretales: Charondas en ses pandectes du Droit François, liv. 2. chap. 10. a remarqué ce point du Droit François, & M. Helo, Avocat au Parlement de Paris, sur le titre *de rer. divis. aux Instituts*, a fait la même observation, & dit que ce droit de propriété du

Roy s'étend non seulement sur les ruiës, Places, Hôtels de Villes, & autres lieux & choses semblables, mais encore sur les biens & deniers, qu'on appelle d'Octroy, qu'on leve au moyen des impositions qui sont permises aux Villes, sur les entrées & sorties des denrées & marchandises; & c'est sur ce fondement que le Roy a obligé toutes les Communautés seculieres de donner un denombrement de toutes leurs facultez, possessions & privileges, & d'en obtenir la confirmation, qu'il ne refuse point d'accorder en conséquence des articles 94. & 95. de l'Ordonnance d'Orleans, qui permettent aux Villes de jouir de ces biens & revenus, à la charge que ceux qui en ont fait la levée rendront compte devant le Bailly, ou Seneschal des lieux, & des deniers d'Octroy à la Chambre des Comptes.

Le docte Loiseau au traité des Seigneuries chap. 3. nomb. 82, tient pourtant le contraire, & que la propriété des choses communes publiques & des Communautés, n'appartient à personne, ni par conséquent au Roy, ni aux Seigneurs, parce qu'elles n'entrent point en commerce, ce qui n'est pas de même à l'égard

l'égard des émolumens qui peuvent provenir de ces choses, comme la pesche des rivieres, des fossez de Villes, & autres choses, lesquelles sont capables de commerce, & appartiennent par cette raison aux Seigneurs immediats par la rigueur du Droit: mais il croit qu'on doit les laisser aux Communautez comme deniers d'Octroy, pour les employer aux reparations & affaires publiques; & au chap. 12. du même traité, nomb. 118. il enseigne que dans l'établissement des Communautez, il leur fut laissé pour l'usage commun des Habitans des terres, bois & pâturages, qu'on appelle communaux, dont il est parlé dans le §. dernier de la loy 10. *communia prædiorum*, au dig. mais l'opinion de Loiseau est directement opposée à Lordonnançe, & même au Droit Romain, pour ce qui concerne presque toutes les chose communes & publiques, & au sentiment commun des autres Auteurs François, avec lesquels il convient pour ce qui regarde l'usage.

Quant aux choses sacrées, nous suivons la définition du Droit Romain; mais pour la forme & les effets de la consecration, il y a une notable difference: car

en premier lieu, on ne consacre jamais aucune Eglise, sans en faire la dédicacation à quelque Saint dont elle porte le nom, ni les Autels sans y mettre quelque Relique; ce qui vient de ce que dans l'Eglise primitive les sepulcres des Martyrs servoient d'Autels, qu'on appelloit par cette raison titres, parce qu'ils étoient intitulez du nom du Saint qui y étoit inhumé; & dans la suite toutes les Eglises furent appellées titres, ce qui fait que nous appellons aussi titres les collations des benefices. Enfin cette consecration des Eglises est faite par l'Evêque seul. On plante une Croix, on fait une Procession solennelle, celebration de la sainte Messe, l'onction des saintes Huiles, & celle des Autels, apposition des Reliques & d'une pierre sacrée, qu'il est nécessaire de mettre du moins au milieu, parce que la pierre est le symbole de l'Eglise & de sa durée, qui ne doit finir que par la consommation des siècles. Pour les Vases sacrez, comme sont le S. Ciboire, les Calices, & ceux des saintes Huiles, on observe ce qui est prescrit par le Rituel; à l'égard des Ornaments, Croix, flambeaux, lampes pour le luminaire, tableaux & statuës des

Saints , & enfin tout ce qui est destiné pour la celebration du Service divin , ces choses ne sont faites sacrées par aucune consecration, mais seulement par leur destination & leur usage.

Le Droit Canonique que nous suivons a encore changé ce qui est porté par le §. *locus* de ce titre, qui veut que quoique les bâtimens des Eglises aient été démolis , brûlez , ou soient tombez par vetusté , le sol demeure toujours sacré ; car quand cela arrive , quoique ce sol ne puisse pas être aliené & qu'il doive être reservé pour l'usage & utilité de l'Eglise *leg. sancimus* , cod. de *sacrofanctis Ecclesiis* , il devient neanmoins profane , comme il est décidé par le canon *Ecclesiis* , dist. I. de *consecratione* , au decret. Il y a encore d'autres causes qui rendent les Eglises profanes , lesquelles sont rapportées dans le can. *ecclesia* du même titre , & au chap. *Eonsulvisti* du même titre aux decretales , comme l'effusion du sang , l'enterrement des excommuniés , si l'Autel est changé de lieu , & la pierre brisée , can. *si motum* du decret de Gratien, au lieu déjà cité.

Nous ne faisons pas en France des sepulcres dans les fonds des particuliers ,

parce que nous avons suivi les préceptes du Christianisme, qui ont voulu que les fideles fussent en quelque façon réunis après leur mort, après l'avoir été pendant leur vie par la foy. C'est pourquoy nous avons des cimetières publics & communs, qui ont été établis auprès des Eglises paroissiales depuis leur institution can. 1. q. 1. ch. 13. Dans la suite des temps on enterra dans les Eglises, contre la défense de la loy *nemo, cod. de sacrosanctis Ecclesiis*, où Cujas & les autres Interpretes ont fort bien remarqué qu'il faut lire *humandis*, & non pas *humanis*, & que suivant la modestie & humilité des premiers Chrétiens, les Princes mêmes & les Empereurs tenoient à grand honneur d'être enterrez au Vestibule & aux portes des Eglises. Mais cette sepulture dans les Eglises a été introduite par la raison du canon *gravia, c. 12. q. 2.* qui dit que *rectè à majoribus provisum est, ut sanctorum ossibus ossa nostra sociemus, ut dum illos tartarus meruit, nos poena non tangat.* Ce qui fait que nous n'avons plus de ces lieux qui étoient rendus religieux par la seule inhumation des corps morts; de sorte que le titre de *religiosis & sumptibus funerum* a été abrogé pour ce qui

concerne cette premiere partie, & nous n'en avons conservé le terme que pour marquer les personnes qui font profession de la vie religieuse & les lieux destinez aux Offices divins, ou à des œuvres pies, dont il est parlé dans le titre des decretales *de religiosis domibus*. Les Curez des Eglises Paroissiales ont coûtume d'enterrer dans les Cimetieres les paroissiens qui n'ont point de sepulcre de famille, *ut consolationum socii sint qui fuerunt passionum*. Ce qui n'empêche pas neanmoins que chacun n'ait la liberté de choisir sa sepulture dans tel Cimetiere & Eglise que bon lui semble, jusques-là qu'il a été permis aux peres d'en faire le choix pour leurs enfans impuberes, parce qu'ils peuvent tester pour eux, comme dit la glose du chap. 7. du tit. *de sepulturis*, aux decretales.

L'espece des choses que le Droit Romain appelle saintes, & qu'il dit être *quodam modo divini juris & ideò nullius*, comme les murs & les portes de la Ville, n'est plus en usage parmi nous, qui ne reconnoissons pour choses saintes que celles que nous appellons sacrées, & nous mettons au nombre des choses publiques les murs & les portes, dont la propriété

appartient au Prince ou aux Commu-  
 nautez pour la sureté, défense & com-  
 modité journaliere des Habitans; aussi  
 est-il difficile de concevoir que ces cho-  
 ses soient du Droit divin: & les Juris-  
 consultes ne l'ont pas osé soutenir tout-à-  
 fait, ayant seulement dit qu'elles sont *quo-*  
*dam modo divini juris*; ce qui marque  
 qu'elles ne sont tenuës pour telles qu'im-  
 proprement, que cette imagination &  
 maniere de parler des Romains venoit  
 ou de leur superstition, qui leur faisoit  
 croire que les Villes & les Citez étoient  
 sous la garde & la protection des Dieux,  
 qu'ils appelloient tutelaires, ou étoit un  
 trait de politique pour rendre les murs  
 & les portes plus inviolables, en les met-  
 tant au nombre des choses qui sont du  
 Droit divin, auxquelles c'est une espece  
 de sacrilege d'attenter qui merite une  
 peine capitale. Mais comme le Christia-  
 nisme nous inspire des sentimens bien  
 differens, nous avons aussi sur ce sujet  
 une jurisprudence tout-à-fait differente,  
 comme a fort bien remarqué M. Claude  
 Ferriere dans ses institutions latines du  
 Droit François, où il assure que nous  
 n'avons aujourd'hui d'autres choses sain-  
 tes, que les sacrées, dont il a été parlé  
 ci-dessus.

Ce qui fait voir que les fossez , remparts , tours , bâtimens & fortifications , qui sont sur les murs & auprès des villes , ne sont pas à plus forte raison au nombre des choses saintes ; & il semble même qu'on doit dire qu'ils n'étoient pas aux termes du Droit Romain , & toutes ces choses doivent être mises au nombre des choses publiques , que la plupart de nos Auteurs François soutiennent appartenir au Prince , ou aux Seigneurs Justiciers. Mais Loiseau, au chap. 12. ci-dessus cité , soutient fortement que les fossez n'appartiennent à personne , quant à la propriété : mais que l'usage en est commun à chacun en particulier , dont il ne peut pas être privé , pourvû qu'il n'empêche pas l'usage public ; & que les revenus en doivent être laissez aux Communautéz , pour les réparations du pavé , & pour les employer aux autres necessitez communes.

Toutes les autres choses qui ne sont pas de la qualité de celles dont il a été parlé ci-dessus , appartiennent aux particuliers , auxquels le droit des gens a marqué certains moyens de les acquérir , qui sont réduits à huit , & que Justinien a expliquez dans ce titre : ces

moyens sont, l'occupation, la naissance, l'alluvion, la spécification, la confusion, l'accession, la perception ou collection des fruits, la tradition.

*occupation* Les principes sur lesquels est établi le moyen d'acquiescer par l'occupation, est remarqué dans le §. 12. par ces termes, *quod enim nullius est, naturali ratione occupanti conceditur*, parce que l'usage de toutes choses, ayant été destiné pour la commodité des hommes; le droit des gens qui a introduit la distinction des domaines, est censé avoir voulu, à l'exemple de ceux qui *jaçant missilia in vulgus*, que celui qui en seroit le premier saisi en devint d'abord le maître; c'est par ce moyen qu'on acquiesoit par le droit Romain les bêtes sauvages, les poissons, les oiseaux, ce qui étoit pris sur les ennemis, les perles, les pierres précieuses, & autres choses de la mer qui étoient trouvées sur le rivage, les choses perduës & égarées dont le maître ne paroît point & n'est pas connu; celles qui sont délaissées, comme les terres, hermes & incultes, qu'on appelle vagues & vacantes, dont personne ne prétend la propriété.

On distingue dans les bêtes & les oi-

seaux, les sauvages d'avec les domesti- <sup>pris de la</sup>  
 ques, & on dit que les sauvages sont <sup>bestes</sup>  
 celles qui naissent dans les forêts, les  
 montagnes & les champs, & qui ne sont  
 pas naturellement portées à vivre dans  
 les maisons, & qu'on ne se soucie pas  
 même de retenir, parce qu'elles sont  
 cruelles, ou d'une difficile garde, ou  
 leur nourriture d'une trop grande dé-  
 pense; en telle sorte qu'il est plus com-  
 mode de les laisser en liberté pour les  
 prendre quand on en a besoin, ce qu'on  
 fait au moyen de la chasse & de la pes-  
 che, qui sont une maniere d'acquisition  
 par l'occupation, laquelle n'est pas pour-  
 tant irrévocable, parce que la propriété  
 de ces animaux est perdue dès le moment  
 qu'ils sont échappés de nos mains, ou  
 qu'après avoir été domestiques, ils s'éga-  
 rent, & perdent entierement l'esprit de  
 retour: car dès-lors ils cessent de nous  
 appartenir, pourvû qu'ils reprennent  
 entierement leur liberté naturelle; car  
 s'ils étoient pris ou apprivoisés par quel-  
 que autre dans un même temps, les  
 maîtres n'en perdroient pas la propriété,  
 comme il est décidé dans la loi *si pavo-*  
*nem* 37. ff. *de furtis*: de cette espece sont  
 les cerfs, les sangliers, les dains, les

oiseaux de chasse, les pigeons qui sont dans nos colombiers, les lapins dans nos garennes, & les poissons dans nos étangs & dans les viviers qui nous appartiennent.

Les bêtes domestiques & non sauvages sont celles qui naissent dans nos maisons, qui ont une inclination naturelle d'y demeurer ou de s'y retirer, & une soumission entière à la volonté de leur maître; comme les brebis, les beufs, les chevaux, les poules, les oyes & autres semblables, dont la propriété nous est acquise par leur naissance dans nos bois & nos maisons.

*pesche*

Le moyen d'acquérir par l'occupation n'est plus en usage, à l'égard de la pesche des rivières navigables & flotables, ni de celles qui ne sont pas de cette qualité, & qui passent dans les terres des Seigneurs Justiciers, parce que la pesche y est défendue, & qu'il n'y a que ceux à qui le Roy & les Seigneurs l'ont permise qui en puissent user, & il ne subsiste que pour la mer, les ruisseaux, les rivières non navigables, où il semble qu'il est permis de pescher, & dans les étangs & viviers qui appartiennent à chacun en propriété.

Il en est de même de la chasse, parce *chane* que depuis plusieurs siècles elle a été défendue par les Ordonnances de nos Rois aux payfans, artisans, & toute sorte de personnes roturieres. La plus ancienne que nous ayons sur ce sujet, & qui a commencé de mieux établir la jurisprudence du droit de la chasse, est celle de Charles VI. du 10. Janvier 1396. rapportée par M. Benoit sur le chap. *Rainnuius* in verbo *U uxorem nomine Adelaſiam*, qui ne permet la chasse qu'aux seuls Gentilhommes & Bourgeois de villes notables, qui vivent de leurs revenus, ce qui a été corrigé & plus particulièrement expliqué par les Ordonnances des Rois François I. Henry II. III. & IV. & par l'Edit de Louis XIII. de l'année 1628. enfin par celle des eaux & forêts de l'année 1670. au titre *des pêches*. La *chane* raison des Ordonnances est, en premier lieu, que la chasse est une recreation qui doit être réservée pour les Princes & les Gentilhommes, afin de se desennuyer lorsqu'ils retournent en leurs maisons après la guerre & pendant le repos de la paix; & parce que c'est une espece de guerre & d'exercice militaire qui ne sied pas bien aux payfans, artisans, mar-

chands & bourgeois, qui seroient par là divertis du travail de l'agriculture, & de l'application aux arts-mécaniques. C'est une espece d'oïveté à leur égard qui les rend vagabonds & faineans; d'ailleurs l'usage des armes nécessaires pour la chasse, & qu'ils ne sont pas en droit de posséder, leur inspire une audace téméraire qui les porte à exciter & soutenir de mauvaises querelles, qui sont suivies de batteries & meurtres fréquens; pour lesquelles considérations Louis XIV. a confirmé par l'article 28. de l'Ordonnance des eaux & forêts, les anciennes des Rois ses Predecesseurs, & défendu à toute sorte de personnes roturières non possédans fiefs ou justice haute de chasser, sous les peines y contenues; ce qui fait voir que le Seigneur haut Justicier, quoique le fief de la Paroisse appartienne à un autre, a droit de chasser dans toute l'étendue de sa justice: l'article 26. declare encore que ce droit est purement personnel, en ce qu'il porte que ledit Seigneur ne peut envoyer à la chasse ses domestiques, ni aucune autre personne de sa part, ni empêcher le propriétaire du fief de la Paroisse dans l'étendue de

son fief, où il est encore à observer que cet avantage n'est donné qu'au seul Seigneur haut Justicier, & que par conséquent les Seigneurs qui n'ont que la Justice moyenne & basse ne l'ont pas, comme aussi que par Seigneur de fief on entend les possesseurs de fiefs nobles dont il faut rendre hommage, & bailler dénombrement à un Seigneur dominant suivant les coutumes des fiefs, ce qui est fondé sur une des raisons ci-dessus touchées, que le plaisir de la chasse est un exercice militaire réservé aux Gentilhommes, qui seuls ont véritablement droit de posséder des fiefs nobles: c'est pourquoi le droit de chasse est attaché aux fiefs nobles: cependant les roturiers qui en sont possesseurs par la tolérance du Prince, en payant les droits de francs fiefs, jouissent aussi de cette faculté lorsqu'ils possèdent les fiefs nobles & hautes Justices; mais ceux qui ne possèdent que de simples biens allodiaux, & des rentes foncières non nobles, établies par de seuls baux emphytéotiques n'ont pas le droit de chasse. Lorsqu'il y a plusieurs Seigneurs hauts Justiciers ou feudaux, celui qui a la plus grande partie a le droit de chasse, à l'exclusion des autres Sei-

10  
 v. cod. d. m.  
 chann.  
 tom. 1.  
 p. 351

gneurs qui n'ont point de fief ; & si les portions sont égales , celui qui a la portion procedante du partage de l'aîné, jouit seul de cet avantage. Il y a beaucoup de raison de douter si les Seigneurs de fief ont droit d'envoyer chasser leurs domestiques , ou autres personnes que bon leur semble , parce que cela est défendu aux Seigneurs Justiciers qui n'ont point de fief , & qu'à l'égard de ceux qui en ont , ce droit semble plutôt un profit qu'un honneur, qu'il doit être libre de percevoir par le ministère d'autrui. Il semble que ce droit est personnel , quand il y a d'autres co-Seigneurs, ainsi que je l'ai vû juger en la Cause de M. de Tournezy, Conseiller en la Cour des Aydes de Montpellier , & co-Seigneur de la Terre de Poussan , contre son co-Seigneur, nonobstant les articles 4. & 5. de l'Edit de l'an 1601. qui permet aux Seigneurs Justiciers & de fiefs de faire chasser par leurs domestiques , serviteurs & garéniers ; il fut jugé que l'Ordonnance du Roy avoit dérogé pour ce regard : ce qui a fait aussi douter si les Seigneurs Justiciers ou seodaux peuvent quand ils chassent personnellement , faire chasser avec eux & en leur

compagnie des personnes roturieres, contre la prohibition de l'art. 28. ci-dessus cité : mais quoiqu'à la rigueur il soit vrai de dire qu'ils n'ont pas cette faculté, néanmoins on ne voit guères des affaires sur ce sujet, & l'usage a toleré cette contravention ; comme aussi que les Officiers de Justice, les malades & femmes, & les vieillards qui ne peuvent pas chasser eux-mêmes, ayent la permission d'y envoyer des domestiques, qu'ils doivent nommer aux Officiers des eaux & forêts, ou au Grand Maître.

Nous n'observons donc plus en France ce qui est porté dans le §. *fera bestia*, vers. *plane*, que celui qui entre dans un fonds pour y chasser, peut être empêché d'y entrer par le maître qui s'en aperçoit, parce que les Seigneurs hauts Justiciers & de fiefs ont droit de chasser dans toute l'étendue de leur justice & de leur fief, si non sur les terres ensemencées depuis que le bled est en tuyau, & dans les vignes depuis le premier May, ce qui leur est défendu à peine de 500 livres d'amende, & de tous dépens, dommages & interêts.

Il paroît par ce qui vient d'être dit, que la chasse est un droit royal - sei-

gneurial qui n'a lieu à l'égard des simples Gentilhommes que dans leurs terres, buissons & plaines, & dans les étangs, marais & rivières du Roy; ce qu'on a étendu aussi aux Terres de Sa Majesté, où il leur est seulement permis de chasser, & non pas dans les Terres des Seigneurs Justiciers & feodaux.

*peine de chasseur*  
L'amende qu'encourent les roturiers non Seigneurs Justiciers & de fiefs, quand ils ont chassé, est seulement pécuniaire & fixée à la somme de cent livres, & la peine est augmentée par la récidive jusqu'au double, & à l'attache au carcan, & au bannissement pour trois années, s'ils continuent de contrevenir à l'Ordonnance, n'étant pas permis d'en ordonner de plus grandes, s'il n'y a d'autres crimes incidens, comme il est porté par le même article 28. ci-dessus cité.

*si la seigneurie n'est la peine pour l'usurpation*  
La condamnation à cette peine peut être poursuivie par les Seigneurs Justiciers & feodaux, qui ont intérêt de la faire décerner, pour la conservation de leurs prérogatives; de quoi pourtant on a douté, lorsque la faculté de la chasse se trouve accordée à titre onéreux par les Seigneurs aux habitans des lieux par

des anciens titres & conventions passées entre les Seigneurs & habitans. C'est pourquoi les Seigneurs ont coûtume de se servir en ces occasions du ministère du Procureur du Roi aux maîtrises des eaux & forêts. Ce que je n'estime pas pourtant nécessaire, parce que par l'Ordonnance de François I. donnée en l'année 1533. il est dérogé à toutes les pactions & conventions, par lesquelles les Seigneurs avoient donné la faculté de chasser à leurs justiciables & emphyteotes.

Les terres hermes & incultes ou abandonnées, les animaux égarés dont le maître n'est pas connu, & les choses qui sont jettées sur le bord de la mer & des rivières par l'agitation des vagues & des flots, ou par le coulant des eaux, ne sont pas presentement acquises par l'occupation; parce que par la disposition des Coûtumes, Ordonnances & Arrêts des Cours Superieures, les espaves & biens vacans, dont les maîtres ne sont pas apparents, appartiennent aux Seigneurs Justiciers, après qu'à l'égard des espaves on les a publiquement proclamées, & que personne ne s'est présenté pour s'en déclarer propriétaire: ce qui

*10**regalon**tom 2 p**557 cette**ord.**raportée au**code des chas**tom 1 p 149**vacans**epaves*

est amplement traité par Bacquet, en son traité du Droit de Justice, & pour ce qui concerne les espaves, par M. le Bret en son traité de la souveraineté du Roy, liv. 3. chap. 12. & par M. la Roche au traité des Droits seigneuriaux, chap. 25. Arrêt 3. Bacquet marque fort justement que les espaves sont des effets mobilières, & les biens vacans des biens immeubles.

*abeilles*

Quelques-uns ont voulu mettre au nombre des espaves les Abeilles qui quittent leur première ruche & forment de nouveaux essains, aussi bien que les perles & les pierres précieuses qu'on trouve sur le bord de la mer, & les attribuer aux Seigneurs Justiciers, & induire que par ce moyen les §. 14. & 18. de ce titre étoient abrogez; mais cette opinion est contraire à l'usage du Parlement de Toulouse, & au sentiment de la plupart des Auteurs, qui tiennent qu'ils doivent être ponctuellement observez.

*pierres  
précieuses*

*tresor*

Le doute a été plus grand à l'égard des tresors, qui n'étoient acquis, selon le Droit Romain par l'occupation, qu'en un seul cas, qui est lorsque le premier occupant & inventeur les avoit trouvez dans son propre fonds, ou dans un lieu

facté & religieux : car quand il étoit trouvé dans le fonds d'autrui , la moitié en étoit adjudgée à l'inventeur , pourvû qu'il les eût trouvez par hazard, & sans aucune recherche premeditée , & l'autre moitié au propriétaire du fonds; c'est ce que l'Empereur Adrien avoit ordonné , suivant l'équité naturelle , & que Justinien avoit suivi dans le §. *Thefauros* 41. de ce titre. La Jurisprudence Françoisse a été chancelante sur ce point, suivant le témoignage de M. le Bret, au 5. liv. de ses décisions chap. 4. Et celle du pays coûtumier est differente de celle du pays du Droit écrit ; car dans le pays coûtumier , par les Arrêts qui sont remarquez par Bacquet , au Traité des Droits de Justice chap. 32. & par Chopin au liv. 2. tit. 6. du Domaine , si le tresor est trouvé par le propriétaire dans son fonds, il est divisé entre le propriétaire qui l'a trouvé & le Seigneur haut Justicier : & s'il a été trouvé dans le fonds d'autrui , il est divisé en trois parties égales , dont la premiere est donnée à l'inventeur , l'autre au propriétaire , & la troisième au Seigneur haut Justicier. Mais dans le pays du Droit écrit , on suit la disposition du §. *The-*

*sauros*, comme le témoigne Automne; qui en rapporte un Arrêt du Parlement de Bordeaux sur le titre *de acquirendo rerum dominio*, parce que cela est conforme à l'équité naturelle, qui persuade que l'heureuse rencontre d'un trésor, qui est un présent de la fortune, ou pour parler plus chrétiennement avec la loi unique cod. *de thesauris*, un bienfait de Dieu, *beneficium Dei*, est une grace faite à l'inventeur, à laquelle pourtant il est très-juste que le propriétaire du fonds où il a été trouvé participe, parce qu'il en a été le dépositaire, & qu'il est à presumer que c'est un dépôt fait par ses predecesseurs.

Du reste on ne suit point l'opinion de plusieurs Auteurs, & sur-tout de Bouteiller dans sa somme rurale, où il tient que les trésors qui sont en or appartiennent au Roy seul; car cela n'a lieu que dans les Coûtumes qui l'ordonnent expressément ainsi, & je ne sçai si on suivroit la décision du Parlement de Paris rapportée par M. le Bret au lieu ci-dessus cité, par laquelle un trésor trouvé dans une Eglise fut adjugé tout entier à cette Eglise; & il y a apparence qu'on ne s'en tiendroit pas aussi en ce cas à la

disposition du Droit Romain, qui le donne entièrement à l'inventeur, sur cette raison que les Eglises *nullius sunt* ; & j'estime qu'il seroit plus à propos de le partager entre l'Eglise & l'inventeur, parce que comme dit M. le Bret, les Eglises étant les Maisons de Dieu, appartiennent à leurs Ministres qui sont préposés pour leur garde, & pour y célébrer le Service divin ; & qu'il est à presumer que le trésor y a été déposé par les Prêtres ou Beneficiers précédens. Il est nécessaire pour bien entendre cette matière, de sçavoir la définition du trésor rapportée dans le §. I. de la loi *numquam. ff. de acquir. rer. dominio* ; & que de plus, celui qui trouve un trésor dans le fonds d'autrui, doit le déclarer de bonne foy au propriétaire ; qu'autrement il est privé de sa portion, en punition du larcin qu'il fait de celle du propriétaire.

Il résulte encore de ce qui a été dit ci-dessus, que la portion du trésor n'est pas dans le pays coutumier un droit royal, mais seulement seigneurial, & qu'il n'est pas même seigneurial dans le pays du Droit écrit.

Pour ce qui est pris sur les ennemis,

les effets mobiliers appartiennent au premier occupant dans le combat, ou dans l'assaut des villes, & même la prise sans assaut, lorsque le pillage est permis par les Generaux; il faut excepter les étendarts, timbales, & la caisse militaire qui appartient au Roy; & sur la mer la dixième partie des prises appartient à l'Amiral de France, suivant l'art. 32. du titre des prises de l'Ordonnance maritime; mais les immeubles sont acquis au Roy, suivant la disposition même du Droit Romain en la loi *captivi*, ff. de *captivis & postliminio reversis*.

*naissance* Le moyen d'acquisition par la naissance, qui est lorsqu'une chose à nous appartenante en produit une autre, comme nos champs, nos vignes, nos brebis & nos juments, est si naturel & si sensible, qu'il n'y a point de nation qui ne le reconnoisse.

*alluvion* Celui de l'alluvion, qui est un accroissement imperceptible des terres que nous avons auprès des rivieres, par le limon qui est jetté & collé par le cours de l'eau, est aussi reçu par-tout, & par consequent en France, comme a remarqué Dumoulin sur la Coûtume de Paris, glose 5, nomb. 115. parce que, dit cet Auteur,

c'est un accroissement qui ne fait jamais un champ distinct & séparé, mais seulement une extension du premier ; *non est novus ager, sed pars primi*. Ce qui vient de ce que comme on ne s'apperçoit point de ce changement, il semble qu'il n'y en ait aucun, & que c'est toujours la même chose, comme un corps qui croît & qui grossit, *fundus enim in fundo accrescit sicut portio portioni*, ce qui n'est pas de même de la terre, qui a été arrachée par la violence des eaux tout d'un coup & perceptiblement, & transportée sur l'héritage d'un autre ; car en France on tient que cette terre ainsi emportée, est un accroissement qui appartient au Roy, ou aux Seigneurs Justiciers, comme les espaves & les biens vacans, ainsi que l'atteste Claude Ferriere, sur le §. 21. de ce titre ; ce qui semble pourtant ne devoir pas avoir lieu, pour ce qui concerne les arbres arrachez d'un fonds & transportez dans un autre, qu'après qu'ils ont pris des racines dans le nouveau fonds où ils ont été transportez, ce qu'on appelle *coalitionem* : moyen d'ac-*coalitio* quérir compris dans celui de la naissance, parce que les arbres qui prennent racine dans un fonds nouveau, semblent

y prendre aussi une nouvelle naissance ; ou bien sous celui de l'accession , parce qu'ils sont joints & unis au nouveau fonds.

L'accroissement par alluvion est tout-à fait different de celui qui se fait par aterrissement , ou par la division du fleuve, lequel en prenant un nouveau cours par deux divers canaux laisse une partie de son lit à découvert , & forme par ce moyen une isle , qui est aussi formée par les aterrissemens & les crements de terre ou de gravier qui surmontent la surface de l'eau ; par le Droit Romain , ces isles appartiennent aux propriétaires des terres voisines du fleuve , à proportion de la contenance de ces terres , à la mesurer telle qu'elle est au bord des fleuves : & si les terres étoient au milieu elles étoient également divisées entre les riverains de chaque côté , ce qui étoit fondé sur deux raisons. La premiere , que les voisins des fleuves étant souvent incommodez par leur débordement ou changement de lits , il sembloit juste de leur donner le profit des isles , pour une espece de compensation des commoditez avec les incommoditez. La seconde , que les rivieres n'appartenant à per-  
sonne

bonne en particulier, les isles qui y naissoient étoient censées être d'abord occupées par les riverains qui en sont les plus proches voisins, & leur être acquises par ce moyen. Mais en France on ne suit pas cette jurisprudence : car par la Déclaration du Roy de l'an 1683. enregistrée dans tous les Parlemens de France, & donnée en conséquence des Edits de François I. & de Charles IX. de Louis XIV. de l'an 1668. & de l'Ordonnance des eaux & forêts, dont il a été parlé ci-dessus ; il est déclaré que les rivières navigables sans écluses ni sans artifice d'homme, appartiennent en propriété à Sa Majesté, depuis l'endroit où elles sont navigables, & tout ce qui y est renfermé, comme les isles, islots, les aterissemens & accroissemens, peages, passages, ponts, bacs, pesches, moulins, & autres choses qu'elles produisent appartiennent au Roy, & ainsi aucun particulier ne peut prétendre y avoir aucun droit sans titre & possession legitime ; & en conséquence, Sa Majesté confirme en la propriété des isles & autres droits, dont il vient d'être parlé, ceux qui ont des titres authentiques de propriété accordez avant l'an 1566. qui sont infeodations,

contracts d'alienations, d'engagemens, aveus & dénombremens rendus & reçus sans blâme. Le Roy maintient aussi en ces droits les Eglises & Monasteres de fondation royale, auxquels ils ont été donnez, pour cause de fondation & de dotation, même en la propriété & justice des rivieres, pourvû que la concession soit mentionnée dans les titres des Eglises & Monasteres, ou dans les declarations de leurs biens & revenus qui se trouveront ès Chambres des Comptes; & quant aux possesseurs qui n'ont point de titre de propriété, mais qui en peuvent rapporter de possession auparavant l'an 1566. ils sont confirmez dans cette possession, sans qu'à l'avenir ils puissent y être troublez, à condition neanmoins de payer au Roy annuellement la vingtième partie du revenu desdites isles & droits, par forme de redevance, sur le prix des baux passez sans fraude, ou sur l'estimation des fonds & revenus de pareille qualité, outre les droits seigneuriaux, rentes & redevances dont ils se trouveront chargez, tant envers Sa Majesté qu'envers les engagistes du Domaine, & autres Seigneurs particuliers, auxquels le Roy declare ne vouloir faire aucune sorte de

préjudice. A l'égard de ceux qui ne peuvent rapporter aucun titre authentique de propriété ni de possession avant l'an 1566. tous ces droits sont declarez unis au domaine , & depuis cette declaration le Roy a fait acheter aux possesseurs le vingtième des revenus , rentes & redevances , & même les isles & iflots.

Sur ce même principe les Seigneurs hauts Justiciers ont prétendu le même droit sur les rivieres non navigables dans l'étendue de leur justice , & ils y ont été maintenus ; mais à leur égard les possesseurs peuvent acquérir ces droits par prescription , & par la possession que les loix ont marqué à 30. ans , parce que c'est un droit particulier & non public : à la reserve neanmoins des peages qui ne peuvent être valablement établis que par titres authentiques.

Il faut inferer de cette disposition de l'Ordonnance , que quand les fleuves quittant le lit nouveau qu'ils avoient pris , reviennent au premier , ce lit nouveau qu'ils quittent appartient au Roy & aux Seigneurs , parce qu'étant devenu public par l'occupation du fleuve , il conserve encore cette qualité , & apparemment on

n'observeroit pas ce que disent les Jurisconsultes en la loi *adeo. §. ejus.* & dans la loi *ergo, §. alluvio.* ff. *de acquirendo rerum dominio*, que quoiqu'à la rigueur celui qui étoit le propriétaire de la terre en ayant perdu sa propriété par l'occupation du fleuve, ne la recouvre après que le fleuve s'est retiré; néanmoins l'équité exige qu'elle lui soit rendue, parce que cette équité ne pouvoit faire prejudice qu'aux particuliers qui étoient voisins de ce nouveau lit, auxquels la propriété étoit acquise par la rigueur du droit; en France il s'agit de l'intérêt du Roy & des Seigneurs, qui est ménagé & conservé avec plus de soin & d'exactitude que celui des particuliers.

Mais il faut observer avec attention que si l'isle n'est pas formée dans le fleuve par accroissement & atterrissement, mais par ce que les Interpretes appellent *circumluvione*, & par la maniere marquée dans le versicule *quod si aliqua*, du §. *insula* de ce titre, qui est lorsque le fleuve se divisant laisse entre ses deux bras le fonds de quelqu'un, & le réduit en forme d'isle, en s'unissant ensuite dans un même canal, alors ce fonds demeure particulier, & ne devient pas public.

ni feigneurial, parce qu'il ne souffre aucun changement, & persiste dans son premier & ancien état; & si c'est une isle quant à la forme, parce qu'il est entre deux eaux, il ne l'est pas quant à l'essence, d'autant que l'isle est à proprement parler, ce qui est formé de nouveau; & c'est ce qui est marqué par les termes de Justinien & des Jurisconsultes, qui disent toujours, *insula in flumine nata*, ce qu'ils ne disent pas du fonds qui subsistant toujours est réduit en isle par la division & réunion du fleuve, à quoi ils ne donnent pas même le nom d'isle, mais seulement d'un fonds réduit en forme d'isle; & en effet ce nom ne lui convient, qu'à cause de la ressemblance qu'il a aux isles véritables qui sont formées dans les fleuves par atterrissement. Les Auteurs du pays coutumier appellent ce fonds ainsi réduit en forme d'isle *mote ferme*, comme on voit dans les Instituts coutumiers de M. Antoine Loisel, liv. 2. tit. des Seigneuries & justice, art. 9. & dans celle de Cocquille art. 8. du même titre, & il n'y a point de doute que le propriétaire ne puisse reprendre sa première étendue, après l'avoir perdue, tandis qu'il reste quelque

<sup>no</sup>  
si telong de  
Cagaronne 246  
cap et mat

## INSTITUTIONS

partie de ce fonds, si petite qu'elle  
soit, laquelle les voisins des rivieres du  
bas Languedoc appellent *cap de moté*.

*cap de moté* Il est si clair que la simple inondation  
ne fait aucun prejudice au propriétaire,  
qu'il est inutile de s'étendre là-dessus.

*Specifica  
tion*

Quant au moyen d'acquérir par la  
specification, c'est à dire la confection  
d'un ouvrage, il y a de grandes contro-  
verses sur ce sujet, entre les Auteurs  
François du pays coutumier, où le Droit  
Romain n'a pas force de loi; plusieurs  
croient qu'il ne faut pas suivre la distinc-  
tion de Justinien, pour la propriété des  
ouvrages qui sont faits de la matiere d'au-  
truy: mais dans le pays du Droit écrit,  
on ne fait aucune difficulté de juger en  
conformité de cette distinction, qui est  
fort raisonnablement fondée, sur ce que  
lorsque l'ouvrage peut être réduit à la  
premiere forme de la matiere; il est vrai  
de dire que la nouvelle qu'il a prise n'a  
rien changé dans sa substance, & est une  
simple figure accidentelle, qui ne peut  
point avoir l'effet de priver le maître de  
la propriété de la matiere; ce qu'il sem-  
ble qu'on ne peut pas dire lorsque l'ou-  
vrage est fait, & ne peut plus revenir  
dans la premiere forme de la matiere,

parce qu'alors il paroît qu'il y a eu un changement entier qui a couvert & dénaturé la premiere matiere ; & ainsi il faut necessairement en attribuer la propriété à l'ouvrier , sous cette charge neanmoins de payer au maître de la matiere le prix & la valeur.

Le mélange parfait que le Droit appelle *confusion* rend les choses mêlées communes. Il y a confusion lorsque les choses mêlées ne peuvent pas être séparées ni distinguées, ce qui a lieu proprement pour les choses liquides , comme le vin, l'huile , &c. ou celles qui peuvent être fonduës , comme les métaux , &c. Il n'y a point de raison qui puisse nous obliger de dire que la disposition du Droit Romain dans le §. *si duorum* de ce titre , portant que la confusion des choses liquides ou qui peuvent être fonduës, étant faite du consentement reciproque des deux maîtres , le corps composé de ce mélange n'est pas commun , soit que ces matieres soient d'une même ou differente espece , comme a fort bien remarqué M. Claude Ferriere sur ce §. parce qu'il est évident que le consentement à la confusion , n'est fait que pour la communication de la propriété ; & il est necessaire

de dire la même chose, lorsque la confusion est arrivée par cas fortuit, & sans la volonté des maîtres, parce que le cas fortuit ne peut pas ôter à aucun des maîtres la propriété de ce qui a été uni & identifié par la confusion : mais si cette confusion avoit été faite contre la volonté d'un des maîtres, par l'autre, ce seroit un larcin, duquel celui qui l'a commis pourroit être puni par les formes du Droit. Cette jurisprudence ne souffriroit aucune difficulté dans l'usage des Parlemens du Droit écrit.

Le mélange sans confusion est des choses arides & non liquides, qui subsistent toujours en corps separez, quoique *in sua substantia durant*, comme dit Justinien, parlant des grains & des troupeaux : c'est ce que le Droit Romain appelle *mixtionem* ; & il ne peut y avoir aucune difficulté que, quand ce mélange est fait du consentement des maîtres, les choses ainsi mêlées, comme pour en faire un même troupeau de bétail, ou un même monceau de grains, tout cela ne devienne commun. C'est pourquoi pour empêcher cette communication de propriété des bestiaux, les maîtres ou leurs pasteurs ont accoutumé de les dis-

tinguer, ou par leurs clochetes ou par quelque marque sur le corps. Mais il y a beaucoup de peine à concevoir comment cette communauté cesse aux choses dont la separation est presque impossible, lorsque le mélange est fait par hazard, comme à l'égard des grains; ce qui fait que nos Interpretes assurent qu'en ce cas le simple mélange a le même effet que la confusion, & rend les grains communs dont le partage est par cette raison ordonné, à la charge que celui dont le grain étoit plus beau & de plus grande valeur, sera remboursé par l'autre, suivant l'estimation d'experts, qui ayent eu connoissance de la qualité des grains; ce qui n'a pas lieu pour les bestiaux dont la separation est facile, & c'est à quoi aboutit en effet la disposition du Droit Romain sur la fin du §. ci-dessus cité, si on y fait bien reflexion.

L'accession est un moyen general d'ac-<sup>accession</sup>querir, qui comprend sous lui plusieurs especes. Son fondement est la subordination de l'accident au sujet, & la dependance de l'accessoire à l'égard du principal: car dès lors que deux choses sont unies & jointes, ou par hazard, ou par l'industrie & la volonté des hommes, il

faut nécessairement que celle qui vient par accession cede à l'autre , à laquelle elle est jointe , qui est la partie principale ; c'est ce qui est bien marqué par la loi 4. ff. de *penu legata* , où il est dit que l'accessoire est entraîné par le principal ; & cette qualité de chose principale a tant de force , qu'elle couvre le prix & la valeur de l'accessoire ; de sorte que si par exemple on double un manteau ou habit de laine , d'une étoffe de velours ou pourpre , la propriété de ces deux choses est acquise par accession au maître du manteau ou de l'habit ; d'autant , dit Justinien , que l'accession fait que la chose jointe semble éteinte , ce qui suppose toujours que l'accession a été faite de bonne foi , & à l'insçu du maître de l'habit , car s'il l'avoit sçu ce seroit un larcin , dont il pourroit être puni : mais afin que le propriétaire de la chose jointe n'en perde point tout le prix , le Droit lui donne d'abord une action pour le repeter ; & parce qu'il sembloit même contraire à l'équité , que le maître fût privé de son bien, sous prétexte de l'accession , s'il ne vouloit pas se contenter du prix , on lui accordoit l'action appelée *ad exhibendum* , pour

obliger le possesseur à détacher & à séparer la chose jointe, lorsque cela étoit possible pour la représenter au propriétaire, afin qu'il pût ensuite la revendiquer, comme a remarqué M. Cujas sur le §. *si tamen* des Instituts, ce qui n'est qu'un vain circuit auquel on ne s'arrêteroît pas en France : mais si la chose unie peut être séparée, le propriétaire peut d'abord la revendiquer, ou en demander l'estimation à son choix; & si elle ne peut être séparée sans la perte & la destruction du total, il faudroit alors qu'il se contentât de la valeur, dommages & intérêts; si ce n'est que la chose jointe eût été enlevée de mauvaise foi, parce qu'alors le propriétaire pourroit venir par la voye criminelle, & le faire condamner à la peine du larcin.

De cette regle de l'accession dépend cette autre qui a sous soi tant d'especes, *superficies solo cedit*. Et de-là vient que quand quelqu'un fait un bâtiment dans son fonds, la matiere appartenant à autrui, il est le maître du bâtiment, quoique, dit Justinien, il ne le soit pas de la matiere, laquelle le propriétaire ne peut pas néanmoins revendiquer, tandis que le bâtiment subsiste, à cause de la

loi des douze tables , qui n'a pas voulu souffrir que les bâtimens , qui sont l'ornement des villes & des campagnes , & qui servent d'azile assuré contre l'injure du temps , & l'insulte des méchants , puissent être ruinez & démolis sous ce pretexte. Il est vrai que cette loi vouloit que la valeur de cette matiere fût payée au double , & que si le bâtiment venoit à être démolí , il fût permis au propriétaire de la matiere de la retirer , ce qui n'est pas observé en France pour ce qui concerne la peine du double , ainsi que l'attestent nos Auteurs François , parce que c'est une maxime generale que les actions pénales du Droit Romain ne sont pas reçues en ce Royaume , & sont réduites aux simples dommages & intérêts ; & on trouve que dire que celui qui est maître d'un bâtiment , ne l'est pas de la matiere qui le compose , c'est une imagination trop metaphysique qui n'aboutit qu'à exciter des procès ; ainsi on ne donne en ce cas au maître de la matiere que l'action pour la condamnation à la valeur , & aux dommages & intérêts , ou l'action criminelle si la matiere a été dérobée.

Par la même raison , lorsque quelqu'un

employe sa matiere au bâtiment qu'il fait dans le fonds d'autrui, ce bâtiment n'est pas à lui, mais au propriétaire du fonds; & pour ce qui concerne les materiaux, si celui qui a fait le bâtiment en est le possesseur, & par consequent du fonds, & que le propriétaire revendique le fonds sans offrir de payer la valeur des materiaux, celui qui les a fournis est en droit d'opposer qu'il doit être remboursé au préalable de la valeur des meliorations & impenses du bâtiment; & en ce cas, il est porté par les anciennes Ordonnances, renouvelées par l'art. 12. de l'Ordonnance de 1667. que le possesseur ne pourra point être contraint de quitter l'héritage qu'après avoir été actuellement remboursé de la valeur des reparations: mais afin qu'il ne puisse pas abuser de ce prétexte pour continuer la jouissance d'un bien qui ne lui appartient point, cet article ordonne en même temps qu'il sera tenu de faire liquider ces impenses & meliorations dans le délai qui lui sera prescrit par le Juge, après quoi le propriétaire sera mis en possession des biens, en donnant caution de payer ces meliorations, après qu'elles auront été liquidées: & si celui qui a

fait le bâtiment & fourni les matériaux, les délaisse au propriétaire, sans avoir demandé d'être remboursé au préalable de la valeur, c'est une question, s'il a quelque action pour la repeter, car le §. *ex diverso*, de ce titre, semble ne lui donner qu'une simple exception, & la plupart des Interpretes ont été de cet avis; mais M. Cujas soutient qu'il a une action pour repeter la possession, afin de pouvoir ensuite opposer l'exception, & par ce moyen retenir la possession jusqu'au remboursement de la valeur des matériaux, ce que cet Auteur appelle *condictionem incerti aut possessionis*, & il autorise son sentiment par les loix qui *exceptionem*, ff. de *condictione indebiti*, & qui *heres ad S. C. T.* ce qui est conforme à ce grand principe, que personne ne doit s'enrichir aux dépens d'autrui, ce qui est un détour & une vaine formalité qui n'est pas reçue en France, où l'on ne s'arrête qu'à l'équité & à la justice du fonds, & où l'on croit qu'il ne faut point faire difference en cette occasion entre l'action & l'exception. En effet, s'il est juste que celui qui a fait un bâtiment dans le fonds d'autrui, soit remboursé par le propriétaire qui le veut

recouvrer; pourquoin lui accordera-t-on pas une action pour obtenir ce remboursement, aussi-bien qu'une exception? & n'est-ce pas ne rendre justice qu'à demi, que de ne lui point donner l'un & l'autre? C'est-pourquoi on n'a point aussi besoin de cette subtile formule de repeter la possession, suivant l'observation de M. Cujas; mais on demande directement & de plein droit le remboursement de la valeur des matériaux, parce que les formules des actions & exceptions sont abrogées.

Le même M. Cujas enseigne en cet endroit, & au liv. 10. de ses observations chap. 1. que lorsque celui qui a fait le bâtiment sçavoit que le fonds appartenoit à autrui, alors si le propriétaire veut le conserver pour son usage, il est obligé d'en rembourser la valeur; sinon il doit offrir de souffrir que celui qui les a fournis les emporte, pourvû que ce soit sans aucune deterioration du fonds, comme il est décidé par la loi *domum* §. cod. de rei vindicatione, ce qui n'a pas lieu contre le possesseur, qu'au cas que le propriétaire soit si pauvre qu'il seroit privé de son fonds, s'il étoit obligé de rembourser la valeur du bâtiment, l. *in fundo*. ff. de rei vindicatione.

*Satio*

C'est enfin par la force de la même règle que la propriété des plantes & des arbres est acquise au maître du fonds où ils sont plantez, lorsqu'ils y ont pris racine, parce qu'ils y sont inherans, & qu'ils en tirent leur aliment; ce qu'il faut aussi dire des grains qui sont semez dans les champs d'autrui, lesquels *non jure seminis, sed jure soli percipiuntur*, comme dit élegamment la loi *qui scit*, ff. de *usu-ris & fructibus*: de sorte que le grain est partie du fonds jusqu'à ce qu'il ait été coupé; ce qu'il est important de sçavoir dans le pays coûtumier pour le droit des successions & dernières dispositions, parce que les parens succedent les uns aux immeubles, & les autres aux meubles, & qu'on y peut disposer entierement des effets mobiliers, & seulement du quint des propres, & dans le pays du Droit écrit pour les testamens & les successions: il s'ensuit de ce qui a été dit dessus, que ceux qui ont fourni les semences & les labours, n'ont pas seulement une simple exception, mais encore une action formelle pour les repeter.

*pictura*

On excepte de cette règle les tableaux dont la propriété n'appartient pas au maître de la toile, mais bien à celui qui

en a fait la peinture ; ce qui a été ainfi  
 statué par Justinien , à cause de l'excel-  
 lence de la peinture , à l'égard de laquelle  
 on peut dire que *materiam opus superat*. *Scriptura*  
 Mais on a trouvé que Justinien s'étoit  
 démenti lorsqu'il n'a pas ordonné la  
 même chose à l'égard des écrits , & qu'il  
 a trop facilement décidé que c'est le  
 maître du papier ou de la matiere sur  
 laquelle on a écrit , gravé ou imprimé  
 les plus beaux ouvrages , en vers ou en  
 prose , comme des Poëmes , des Histo-  
 res & des Harangues , qui en est le maî-  
 tre , *ideoque si cartis membranisque tuis*  
*carmen vel historiam Titius scripserit ,*  
*hujusce corporis non Titius , sed tu domi-*  
*nus esse videris* ; encore même que l'écri-  
 ture fût en lettres d'or. On se mocque-  
 roit en France de ceux qui voudroient  
 mettre en avant une telle prétention ,  
 parce qu'on ne compte pour rien en ce  
 cas la matiere , & qu'on croit que le maî-  
 tre est suffisamment satisfait , quand il est  
 payé de la juste valeur du papier ou de  
 la matiere , ou tout au plus des domma-  
 ges & interêts.

On n'a pas pû aussi comprendre ce que  
 veut dire le versicule , *at si quis pinxit* ,  
 qui donne au maître de la toile , ou des

tables peintes, lorsque celui qui a fait le tableau en est possesseur, une action utile qui peut être repoussée par l'exception du dol, si celui qui l'a intentée n'offre pas de payer la valeur de la peinture, car on ne lui donne qu'une action simple pour obtenir la condamnation de la valeur de la toile, & non pas pour se faire adjuger la délivrance du tableau, dont il ne semble pas juste que celui qui a fait la peinture & qui a donné une forme nouvelle à la toile soit privé, & que la peinture dont le prix surpasse de bien loin celui de la toile, puisse être en aucun cas l'accessoire de cette toile, non plus que les ouvrages en prose & en vers du papier ou du parchemin; ce qui fait voir que l'application de la règle ci-dessus mentionnée n'est pas juste dans cette occasion.

*perception  
des fruits* La perception des fruits est encore comptée entre les moyens d'acquérir, parce qu'en effet la propriété des fruits est acquise par leur perception, ce qui se manifeste d'abord dans les possesseurs à juste titre & de bonne foi, c'est-à-dire, qui ont acquis par un moyen, lequel de sa nature, ou selon le droit des gens & le droit civil est translatif de propriété,

comme la vente, l'échange, la donation ; ce que Justinien dans le §. *Si quis à non domino*, declare être une chose que la raison naturelle a établie : mais il ajoute que cela est donné au possesseur de bonne foi, en conséquence du soin & de la culture ; comme aussi que le propriétaire, qui vient à revendiquer son fonds, ne peut pas obliger de restituer les fruits consommés ; d'où il semble qu'on peut tirer deux conséquences. La première, que les possesseurs de bonne foi ne gagnent que les fruits qui proviennent principalement de leur soin & de leur industrie, & non pas les fruits naturels qui naissent sans aucun travail, ni culture, comme le foin & le bois & les fruits de certains arbres ; en effet plusieurs Interpretes du Droit Romain ont fait valoir cette différence des fruits naturels & industriels, pour expliquer & concilier les loix Romaines, qui semblent être contraires sur ce sujet. La seconde conséquence est que les possesseurs de bonne foi sont obligés de restituer les fruits extans, & cela même est ainsi ordonné par loi 22. *certum*, cod. *de rei vindicatione* : mais c'est ce qui n'est pas observé en France, où l'on ne reconnoît

point cette difference des fruits naturels & industriels, pour ce qui concerne leur acquisition; parce que l'on croit que ce gain des fruits est un effet naturel du titre & de la possession de bonne foi, & *animo Domini*; ce qui fait qu'elle a le même avantage que la propriété effective. On regarde aussi les fruits comme consommés, dès le moment qu'ils ont été perçus, & par-là on ne reconnoît pour fruits extans que ceux qui ne sont pas encore coupés: aussi cette restitution des fruits extans est directement contraire à la raison proposée par Justinien dans ce titre, où il dit que le gain des fruits est une récompense du soin & de la culture, ce qui attribué aussi-bien l'acquisition des fruits extans que des consommés; d'autant plus qu'il semble que le possesseur de bonne foi ne doit pas être de pire condition que l'usufruitier, qui gagne irrevocablement les fruits par la seule perception qui est censée faite dès le moment que les fruits sont coupés & séparés du sol; c'est-à-dire emportés dans la maison & engrangés: car c'est ainsi que l'explique Mornac, sur la loi *quis scit*, ff. de *usuris*.

M. Cujas a remarqué que les Juris-

consultes ont été partagez sur la question, si pour l'acquisition des fruits il suffisoit d'être entré de bonne foi dans la possession, ou s'il étoit nécessaire qu'elle eût continué toujours; en telle sorte que si le possesseur venoit à avoir la connoissance que la chose n'appartenoit pas à celui de qui il la tenoit, il cessât de gagner les fruits: mais cette question a été décidée dans notre Droit François, en faveur du dernier avis, par l'article 94. de l'Ordonnance de 1539. qui est conforme au canon 40. du Concile de Latran.

Du reste, le possesseur de bonne foi est par la contestation en cause rendu possesseur de la mauvaise foi qu'on appelle interpretative & presumée: c'est pourquoi depuis la contestation en cause les acquereurs à juste titre sont condamnés à la restitution des fruits, comme ceux de mauvaise foi, depuis l'indue occupation. On ne suit pas l'opinion de M. Cujas, qui a cru que les fruits appartiennent aux heritiers de l'usufruitier, à concurrence du temps de l'année pendant lequel il a <sup>vu</sup> reçu, & que l'usufruit a par conséquent duré, parce qu'on a trouvé cette opinion directement contraire au §. 36. *is vero h. T.* ce qui s'en-

tend des fruits qui proviennent des fonds par la production & la naissance naturelle : car pour ceux qu'on appelle civils, comme les rentes constituées, les loyers des maisons, & autres semblables, *quolibet temporis momento cedunt*; & s'il y a un terme pour le payement, ce n'est que le payement qui est differé, & non pas la dette, comme il est remarqué par Du moulin, sur la Coûtume de Paris, T. I. §. I. glose I. nomb. 50. & par Loiseau, liv. 4. *des Offices*, chap. 8. nombre 77.

Neanmoins les Beneficiers n'étant qu'usufruitiers de leurs benefices, les transfèrent selon la jurisprudence du Royaume, à concurrence du temps qu'ils ont vécu dans l'année de la recolte, qui commence au mois de Janvier; c'est ainsi que cela a été établi par les Arrêts rapportez par Anne Robert, chap. 4. liv. 3. *rerum judicator.* & par les autres Collecteurs d'Arrêts.

Ce n'est aussi que par la perception que la propriété des fruits est véritablement acquise aux fermiers, en quoi le fermier est souvent semblable à l'usufruitier, comme le dit Justinien, ce qui est notable pour les creanciers du pro-

priétaire du fonds , qui peuvent par cette raison saisir les fruits des biens affermez, pendant qu'ils sont pendans par les racines, & avant qu'ils ayent été coupez ; & le bail conventionnel fait par le débiteur est converti en judiciaire, comme il est porté par l'Ordonnance, article 10. du titre *des sequestres & commissaires*. La difference entre l'usufruitier & le fermier est grande pour le surplus, parce que le bail affermé ne finit pas par la mort des fermiers, qui le transmettent à leurs heritiers, mais l'usufruit est éteint par la mort de l'usufruitier.

Enfin le dernier moyen d'acquérir par *tradition* le droit des gens, est la tradition & la délivrance de la chose, lorsqu'elle est faite par le maître, en consequence d'un contract, ou d'une convention consentie pour juste cause, à dessein de transferer la propriété, comme pour cause de vente, échange, donation, constitution en dot, d'autant qu'il n'y a rien de plus naturel que l'execution de la volonté du propriétaire, qui desire, comme dit Justinien, de transporter la propriété de son bien à un autre; c'est l'effet naturel de la propriété, & le fondement du commerce, & cela n'a pas seulement lieu pour

la propriété, qu'on appelle primitive, & comme disent quelques Couûtes très-foncieres, telle qu'est celle des Seigneurs dominans, à l'égard des fiefs nobles, ou des Seigneurs directs, à l'égard des simples emphiteoses, mais aussi pour la propriété qu'on appelle utile; car quoique M. Cujas, sur le titre des fiefs, soit d'avis que la division de la propriété en directe & utile ne doive pas être admise, & soit contraire à l'esprit du Droit Romain, nous l'avons pourtant reçu en France, comme le remarque la glose de la Pragmatique Sanction sur le chap. *sicut in verbo Domini*, tit. de electione, ce qui peut avoir tiré son origine, ou du moins a quelque rapport à la difference qu'il y avoit autrefois entre la propriété du fonds des biens qui étoient en Italie, & ceux de province, dont il est fait mention dans le §. *cum traditione* de ce titre.

Du reste, c'est la délivrance & la tradition effective qui transfere actuellement la propriété, & non pas les seuls contracts, *leg. 20. cod. de pactis*; & son effet est si grand, que les pactions & conventions sous lesquelles elle est faite doivent être regulierement observées, *leg.*

DU DROIT FRANÇOIS. 265  
*in traditionibus*, ff. *eodem*; & c'est sur  
cela qu'est fondé le privilege & la fa-  
veur des rentes foncieres, qui sont cel-  
les qu'on retient en baillant son fonds.

Mais quoique regulièrement la déli-  
vrance faite en consequence du contract  
translatif de propriété en fasse le trans-  
port, cela n'a pas lieu dans le contract  
de vente, auquel il est necessaire pour  
ce transport que l'acheteur ait réellement  
compté le prix de la vente, ou que le  
vendeur ait suivi sa foi, se contentant  
de sa parole, ou des suretez qui lui ont  
été données: ce qui n'est pas seulement  
une Ordonnance des loix de 12. tables,  
mais encore du droit des gens qui regar-  
de le payement effectif du prix, lors-  
qu'il n'y a point d'autre convention con-  
traire, comme une condition tacite de  
la vente, sous laquelle il est évident que  
le vendeur a seulement voulu & enten-  
du contracter, & non autrement; ainsi  
cette condition venant à manquer la ven-  
te est nulle, & sur la raison de ce §. &  
par la disposition des Coûtumes, & par  
l'usage de presque tous les Parlemens de  
France, le vendeur a droit & privilege  
sur la chose venduë, pour être payé par  
preference à tout autre creancier sur le

prix de la chose qu'il a vendue ; ce qui est observé, non seulement à l'égard des biens immeubles, mais même des meubles, sur-tout s'ils ne sont pas mêlez & confondus avec d'autres, en telle sorte que la separation en soit fort difficile ; ainsi qu'il est rapporté par M. Dolive liv. 4. chap. 10.

Il y a même des cas auxquels la tradition subsequnte au contract n'est pas nécessaire pour la translation de propriété, ce qui arrive lorsque l'acquireur se trouve legitiment nanti par avance de la chose acquise, comme quand on la vend ou qu'on la donne à celui auquel elle avoit été prêtée, louée, ou baillée en garde auparavant ; car alors la propriété est transférée de plein droit & *nudâ voluntate*, comme dit Justinien, parce que l'acquireur étant détenteur n'a pas besoin d'une nouvelle délivrance, qui est censée faite de même que celle des marchandises enfermées dans un grenier par la délivrance de la clef. Il n'est pas aussi toujours nécessaire que la délivrance soit faite spécialement avec la volonté, qu'elle soit acquise au premier occupant, comme quand on jette des pieces d'argent à une troupe de gens ramassez ou

épars, ainsi que faisoient autrefois les Consuls ou les Préteurs à l'entrée de leurs charges ; ce qui semble donner lieu au premier occupant d'acquérir en propriété ce qui a été ainsi jetté par le maître, avec ce dessein d'en abdiquer la propriété, parce qu'il est censé avoir la volonté que celui qui s'en saisira le premier en devienne le maître. Il n'en est pas de même de ceux qui par la crainte de la tempête jettent une partie des marchandises dans la mer, pour décharger leur vaisseau, parce qu'ils n'ont point un esprit d'abandon, & qu'au contraire ils souhaiteroient conserver leurs marchandises, ou les recouvrer après que la tempête est cessée : c'est pourquoi l'Ordonnance maritime au liv. 4. titre 9. *des débris & naufrages*, article 24. ordonne qu'elles leur seront renduës, s'ils les proclament dans l'an & jour. Mais à l'égard des choses abandonnées ou perduës, il a été touché ci-dessus, qu'en France elles ne sont pas acquises au premier occupant, mais aux Seigneurs justiciers & au Roy dans les lieux où il n'y en a point, ce qui est amplement traité par Cocquille en ses Institutions du Droit François au titre *du Droit de justice*.

## C H A P I T R E I I.

*Des choses corporelles & incorporelles,*

**T**outes les choses dont il a été parlé au titre précédent, sont divisées en corporelles & incorporelles, & cette subdivision est nécessaire pour expliquer les moyens de parvenir à leur acquisition, qui sont differens, suivant leur différente qualité. Les choses corporelles sont toutes celles qui peuvent être touchées, & être l'objet de nos sens. Les incorporelles, sont celles que nous ne pouvons toucher, & que nous concevons seulement dans notre entendement : telles sont toutes les choses qui consistent en droits, dont les exemples rapportez par Justinien sont l'hérédité, l'usufruit, l'usage, les obligations, de quelle manière qu'elles soient contractées, les actions, & enfin les servitudes. On appelle ces choses des droits, parce qu'elles prennent toutes leur force de la disposition de la loi, comme les successions; ou de la convention des hommes, comme les obligations; & telles choses sont

comptées entre nos biens & nos facultez après leur acquisition, qui est faite en la maniere marquée par Justinien dans le titre suivant de ce liv. 2. & autres des trois & quatrième livre des Instituts.

Outre cette subdivision, il y en a encore une autre celebre, suivant la plûpart de nos Coûtumes; sçavoir en meubles & immeubles, dont la distinction est necessaire, parce que la succession de ces biens y est réglée d'une maniere différente. On n'a pas suivi par cette division en deux especes seulement la disposition du Droit Romain, qui a premièrement distingué en la loi *moventium*, ff. *de verb. sign.* Les meubles animez qui ont en eux le principe du mouvement, comme les animaux qui sont appellez *se moventia*, & les meubles inanimez qui ne sont capables que du mouvement passif, & qui est causé par une impression extérieure; par exemple, les habits & les meubles meublans; car quoique cette observation soit très-veritable par la realité & la substance physique, elle est néanmoins inutile pour l'usage & la pratique.

En second lieu, comme la veritable qualité de meubles & d'immeubles ne

peut convenir qu'aux choses corporelles, & que les obligations & actions sont des droits incorporels. Les Loix Romaines en ont fait une troisième espece de biens, *leg. quam Tuberonis*, ff. *de peculio. leg. à divo Pio*, ff. *de re judicata*. Mais en France au pays Coûtumier on a seulement admis les deux especes des biens meubles & immeubles, ainsi qu'il est porté par l'article 88. de la Coûtume de Paris, & il n'y a point de chose qui ne soit réduite à une de ces deux especes, comme il paroît par les articles suivans de cette Coûtume, & par ce que dit Loiseau au traité *des Offices*, liv. 3. chap. 4. ce qui n'est pas observé dans le pays du Droit écrit, où l'on tient, par exemple, que la donation entre-vifs, ou par acte de dernière volonté des biens meubles & immeubles ne contient pas celles des noms & actions, si ce n'est que la donation, ou les legs soient conçus en termes si évidens, qu'il paroisse que le donateur ou le testateur ont eu dessein de les comprendre, selon la doctrine de Ferriere sur Gui Pape, q. 291.

Du reste, les Interpretes ont eu soin de rapporter les définitions différentes

DU DROIT FRANÇOIS. 277  
des meubles & immeubles, entre lesquelles on suit ordinairement celle de Bouthillier dans la Somme rurale, qui dit que les meubles sont ceux qui se peuvent transporter d'un lieu à un autre, & les immeubles ceux qui ne peuvent être transportez : mais on n'en peut donner de plus exacte que celle des Jurisconsultes : sçavoir, pour les meubles en la loi *se moventium*; & pour les immeubles en la loi 115. *questio*, ff. *de verb. sign.*

---

### CHAPITRE III.

#### *Des servitudes.*

**T**Out ce qui est statué sur cette matière dans le Droit Romain, est suivi par le Droit François, qui a reçu l'usage de toutes les servitudes qui y sont mentionnées, & le moyen de les acquérir, conserver & éteindre. Il est vrai que les Coûtumes ont expliqué avec un soin tout particulier tout ce qui peut faciliter cet usage. Il n'y a qu'un seul point sur lequel le pays Coûtumier semble avoir dérogé à la disposition du Droit écrit, qui est celui de l'établissement

des servitudes par la prescription : car ; par exemple , la Coûtume de Paris , au titre *des servitudes* , article 186. déclare que les servitudes ne peuvent être acquises sans titre , quelque jouissance & possession qu'on en ait eue , même de cent années ; au lieu que la liberté de la servitude se peut acquérir contre le titre par l'espace de trente ans , ce qui a son fondement dans le Droit Romain , & sur la loi *Scribonia* , qui défendoit ce qu'on appelloit l'usucapion des servitudes , par deux raisons. L'une que les servitudes étant des droits incorporels , ne pouvoient être possédées par une possession corporelle , ce qui étoit nécessaire pour l'usucapion , & cette possession doit être continuë ; ce qui est impossible dans la plupart des servitudes , qui ne peuvent être pratiquées que par intervalle. D'ailleurs pour acquérir la servitude il faut avoir voulu en user & excercer le droit de servitude *leg. ultimâ* , ff. *quemadmodum servitudes amittantur* : ce qu'on n'est pas censé faire lorsqu'on n'a aucun titre ; mais on est présumé en avoir usé par droit de voisinage , & *jure familiaritatis* , suivant la loi *qui jure* , ff. *de acquirenda vel amittenda possessione*. Mais ce ne fut qu'à

l'égard de l'usucapion que les loix Romaines refuserent l'acquisition des servitudes, laquelle ils accorderent à la prescription établie par un long usage, & par la Coûtume, qu'elles estimerent devoir faire presumer le titre, comme il est porté par la loi *si quis diuturno*, ff. *si servitus vindicetur*. leg. 1. §. ult. ff. *de aqua & aquæ pluvie arcende actione*, ce qui semble devoir être reçu sans difficulté à l'égard de la possession immémoriale, parce qu'elle a force de titre, suivant la loi *hoc jure*, §. *ductus aquæ*, ff. *de aqua quotidiana & æstiva*. Neanmoins Despeisses au tome premier, traité *des contrats*, partie 2. titre 1. art. 4. section 2. nombre 13. *des servitudes réelles*, assure que cette jurisprudence du pays Coûtumier est généralement observée dans tout le Royaume, & il rapporte le témoignage de plusieurs Auteurs, entre autres d'Automne, qui est un Auteur du pays du Droit écrit, auquel on peut ajouter celui de M. Dauterle, illustre Professeur de Toulouse, sur le §. dernier du titre *des servitudes*, aux Instituts: *quia*, dit-il, *usus servitutis non parit jure familiaritatis præscriptionem*. Il est certain qu'on n'a suivi en aucun en-

droit la décision du Droit Romain pour l'acquisition des servitudes par la possession de dix années, qui est appelée *quasi longa possessio*, par cette loi *si quis diuturno*, & autres semblables, non pas même pour les servitudes continuës, par exemple, pour l'acqueduc, pour lesquelles on a désiré pour le moins la possession de 30. années.

Enfin les Auteurs en sont venus presque tous à ce point, qu'il faut distinguer les servitudes continuës, c'est-à-dire, dont l'usage est continuel ou interrompu: & que pour acquérir les premières, la prescription de 30. ans est suffisante, mais qu'il faut une possession immémoriale pour les autres: c'est ainsi que Cepola Docteur celebre sur la matiere des servitudes l'a décidé en son traité *des servitudes*, chap. 19. & Ferriere après lui, sur la question de Gui Pape 573. en conformité de laquelle opinion on ne peut pas dissimuler qu'il n'y ait plusieurs Arrêts. Il faut pourtant avouër que l'usage du pays Coûtumier est très fondé en raison, ainsi que dit le Commentateur de M. le Prêtre, pour obvier aux frequentes entreprises des voisins, à l'occasion de la souffrance & tolerance

ordinaire, que les uns ont pour les autres par esprit d'amitié & d'honnêteté, dont ceux à qui cette permission a été donnée par pure complaisance, ne font pas difficulté d'abuser, pour s'attribuer de mauvaise foi un droit de servitude contre la volonté des propriétaires. Ce Commentateur ajoûte encore une chose fort notable, qui est que supposé que la preuve de la possession pour operer la prescription fût admise, ce ne seroit pas du moins par témoins, mais seulement par actes pour ce qui concerne la servitude active, & qu'autre chose est pour la servitude passive, c'est à dire pour l'acquisition de la liberté, au sujet de laquelle la preuve par témoins semble devoir être reçue, à cause de la faveur de la liberté qui pouvoit même être acquise par usucapion, suivant la disposition du Droit Romain, quoique les servitudes ne pussent pas l'être. Il est bon aussi de remarquer ce que cet Auteur dit encore, qu'en France les actions confessoires ou negatoires, pour vendiquer ou rejeter les servitudes, sont plutôt des interdits & actions possessoires, que des actions réelles, & que c'est pour cela que Messieurs des Requêtes du Palais, qui ne

sont pas competans pour les actions réelles , en peuvent prendre connoissance.

Il est encore necessaire de faire quelque attention sur la servitude de l'usage des bois , pour le reglement de laquelle les Cours Superieures ont rendu plusieurs Arrêts , & nos Rois plusieurs Ordonnances concernant ceux qui ont été accordez par eux & leurs Predecesseurs, & les Seigneurs Justiciers aux habitans de leurs Terres & Seigneuries , pour avoir la faculté d'y prendre du bois pour leur chauffage , construction de leurs maisons & bâtimens , & pour la construction des instrumens aratoires , & autres servans pour la culture des terres, ensemble pour le pâturage , pannage & glandage des bestiaux : car quoique les usagers ayent droit à la rigueur d'user de toutes les forêts & lieux sujets à leur usage , sans que le propriétaire y puisse rien toucher , ni faire quoi que ce soit qui puisse diminuer , & porter préjudice à cet usage , *leg. fundi , §. sicut , ff. de usu & habitazione* ; neanmoins pour éviter la degradation des forêts , & l'entiere dissipation des pâturages , & afin que la propriété ne devienne pas inutile aux propriétaires par l'abus & la malversa-

tion des usagers, les Arrêts ont ordonné que l'on assigneroit certaine partie des bois & lieux sujets à leurs usagers, laquelle est ordinairement le tiers, pour y exercer leur faculté, & que le reste seroit laissé au propriétaire libre & exempt de toutes charges; c'est un temperament d'équité que les Juges ont été en droit d'introduire d'office, & par leur prudence, ainsi qu'il est porté par le texte de la loi *divus*, ff. de usu & habitatione, & c'est de quoi Papon liv. 14. tit. 3. de l'usage des bois, rapporte divers Arrêts; & l'Ordonnance des eaux & forêts tit. des droits de pâturage & pannage, porte par cette raison, qu'on assignera un quartier aux usagers, pour y user de ces droits.

Enfin il faut encore observer, que dans le Droit Romain il y a fort peu de principes pour les servitudes des vûës & égoûts, & l'usage des murs mitoyens, parce que toutes leurs maisons étoient isolées & séparées les unes des autres, par des vuides & distances qu'on laissoit entre elles, d'où vient qu'on les appelloit *insulas*, à cause que par cette separation elles avoient quelque ressemblance aux isles des rivieres, qui sont séparées les unes des autres par l'enceinte;

de l'eau. On pouvoit néanmoins faire les bâtimens contigus, & des murs mitoyens par convention ; & c'est par rapport à ce cas seulement qu'il y a quelques décisions sur les murs mitoyens dans la loi 19. ff. *de servitutibus præd. urbanorum*. C'est pourquoy il faut pour ce sujet consulter les Coûtumes des lieux qui sont entrées dans un détail fort étendu , & principalement celle de Paris, qu'on suit partout ailleurs , lorsque la Coûtume particulière n'est pas contraire.

#### CHAPITRE IV.

##### *De la prescription.*

**L**Es moyens d'acquérir par le Droit des gens ayant été expliqués au premier titre de ce livre , aussi-bien que la division des choses corporelles & incorporelles , & des meubles & immeubles ; il est de l'ordre de traiter des moyens d'acquérir, introduits par le droit civil , comme a fait Justinien dans le reste de ce 2. livre , & dans le troisième & partie du quatrième.

Le premier qui se présente est celui de la prescription, que la loi Romaine ap-

pelle usucapion, laquelle est un effet de la possession par le moyen de laquelle les possesseurs acquierent la propriété de la chose possédée de bonne foi, & en consequence d'un juste titre, par l'espace du temps qui avoit été marqué, qui étoit d'un an pour les choses mobilières, & deux pour les biens immeubles: mais il falloit le concours de trois choses, pour accomplir cette usucapion. La première étoit la possession sans discontinuation: car l'usucapion n'étant autre chose que l'acquisition par l'usage, & l'usage n'étant autre chose que la possession; il est évident que c'est la possession qui est la cause prochaine & immédiate: c'est pourquoi c'est le premier principe en matière de prescription, que *prescriptio sine possessione non procedit*, ainsi qu'il est marqué par la règle du Droit Canonique, rapportée au chap. 3. des règles du Droit au sexte. La seconde, que cette possession fût fondée sur un titre capable de transférer le domaine & la propriété. La troisième, que l'acquisition eût été faite de bonne foi, c'est-à-dire, avec la pensée que la chose appartenoit à celui qui en faisoit l'alienation, & qu'on n'eût aucune connoissance qu'elle appar-

tenoit à un autre : car c'est en cette connoissance que consiste formellement la mauvaise foi, qui n'est autre chose que *scientia & conscientia rei alienae*. Il falloit encore, pour operer cette prescription, que la possession fût civile, c'est-à-dire, que le possesseur crût effectivement être le maître, ce qui ne peut vraisemblablement être pensé que par celui qui a titre & bonne foi ; & de-là vient que ceux qui ne possèdent point à titre de propriété, & en leur nom, ou parce qu'ils n'avoient aucun titre, ou parce qu'ils possèdent par autrui, ou qui avoient des titres non translatifs de propriété, comme les fermiers, usufruitiers, depositaires, & autres semblables ne pouvoient point acquérir par usucapion ; mais comme la remise, ou la preuve du titre translatif de propriété étoit souvent difficile, & qu'il y avoit plusieurs choses qui avoient été soustraites au pouvoir de l'usucapion, ou par leur nature, ou par la disposition de la loi, on reçut l'usage de la prescription de dix ans entre presens, & de vingt années entre absens, laquelle avoit cet effet de faire presumer le titre, *leg. si quis diuturno*, ff. *si servitus vindicetur & toto titulo*, cod. *de lon-*

*gi temporis praescriptione*, & servoit pour conserver la possession des choses qui ne pouvoit pas être acquise par l'usucapion, en telle sorte que d'abord elle ne produisoit qu'une simple exception; mais ensuite on lui donna l'avantage de produire une action pour repéter la possession perdue, & vendiquer la propriété non seulement contre les possesseurs étrangers, mais encore contre l'ancien propriétaire, *leg. penult. in principio, cod. de praescriptionibus 30. vel 40. annorum*. Enfin Justinien confondit ces deux choses & rendit leurs effets communs, comme l'a fort bien expliqué M. Cujas dans le paratitre de ce titre *de praescriptione longi temporis*, & dans celui *de usucapione transformanda*. Justinien fit encore un changement par la nov. 119. de laquelle a été tirée l'authentique *mala fidei*, *cod. de praescriptione longi temporis*, qui porte que lorsque celui qui a fait l'aliénation est de mauvaise foi la prescription de dix ans entre presens, & de vingt entre absens, n'a pas lieu contre le propriétaire, s'il a ignoré son droit & l'aliénation de son bien.

Enfin celui qui n'a point de titre a besoin de la prescription de 30. années.

par laquelle on acquiert regulierement toute sorte de choses, selon les principes du Droit Romain; mais ces principes ont souffert quelque changement aussi bien pour la prescription entant que ce n'est qu'une pure exception contre les actions personnelles ou réelles, qu'entant que c'est un moyen d'aquerir: car en premier lieu, les Auteurs François sont partagez sur le temps de la prescription des meubles; quelques-uns croyent que celle de trois ans est suffisante, & qu'on suit en cela la disposition du Droit Romain; d'autres croyent qu'il n'y a que celle de dix ou trente ans, qui puisse être opposée. La premiere opinion semble plus plausible, sur-tout à l'égard du pays du Droit écrit, où l'on doit suivre sa disposition s'il n'y a point d'Ordonnance contraire, ou des Coustumes bien établies & attestées, d'autant plus qu'il est tres utile & expedient de retrancher les frequentes occasions des procez & contestations qui peuvent facilement survenir à cause des effets mobiliers, qui étant de transport facile & frequent passent en diverses mains, de sorte que si on pouvoit lesdemander après long-temps, cela causeroit une grande

suite de procez , à raison des garanties , & troubleroit entierement le commerce dont l'utilité publique est preferable à l'interêt particulier du propriétaire , auquel on peut reprocher le peu de soin qu'il a eu de garder ces meubles , & lui imputer la negligence à les recouvrer : ce qui a donné lieu à la Coûtume generale de France , par laquelle il est porté que les meubles n'ont pas de suite par hypoteque ; laquelle consideration peut bien servir pour ne pas exiger à cet égard un temps considerable pour la prescription , & se conformer à la disposition du Droit Romain.

Mais il faut aux termes de ce Droit avoir titre & bonne foi pour profiter de cette prescription.

On observe dans la Coûtume de Paris , & presque dans tout le pays Coûtumier la prescription ou usucapion de dix ans entre presens , & de vingt ans entre absens , pour l'acquisition des immeubles ; en telle sorte que celui qui les a possédez en vertu d'un juste titre & avec bonne foi en devient propriétaire , & peut se défendre par fin de non recevoir contre l'ancien maitre qui en demande le délaissement , & même les

revendiquer, tant contre cet ancien maître que contre toute sorte d'autres possesseurs, ce qui se trouve nommément décidé par l'article <sup>113</sup>~~114~~ de la Coûtume de Paris : mais dans le ressort du Parlement de Toulouse cette prescription n'est pas reçüe, à cause de l'authentique *male fidei*, qui la rejette lorsque le propriétaire ignore son droit & l'aliénation. On présume que le propriétaire qui est demeuré dans le silence & dans l'inaction ne l'a fait que parce qu'il ne connoissoit pas son droit & l'aliénation ; on le reçoit à demander son bien pendant trente années, après lesquelles seulement il est exclus par la prescription d'un si long temps, laquelle sert de défense légitime, même au possesseur de mauvaise foi, par la disposition du Droit civil en la loi *ficut*, cod. de *prescriptione* 30. vel 40. *annorum*. En conséquence de laquelle, par la loi *omnes* du même titre, toutes sortes d'actions, quoiqu'elles regardent le droit public, ou l'intérêt des particuliers, furent assujetties à la prescription de 40. années, au profit même des possesseurs sans titre & de mauvaise foi ; ce qui n'a pas été approuvé par le Droit Canonique dans le chap. dernier de *pres-*

*ventilation*  
liv 7 ch  
4 p 457.

DU DROIT FRANÇOIS. 285  
*cript.* aux Decretales qui est tiré du  
Concile de Latran, lequel déclare qu'il  
ne peut point y avoir de prescription  
légitime sans bonne foi; & même on  
prétend qu'elle ne peut avoir lieu sans  
titre, sur-tout lorsque la possession de la  
chose est contraire à la disposition du  
Droit commun, ainsi qu'il est remarqué  
par la glose du chap. 2. des regles du  
Droit au sexte. Ferriere sur la question  
416. de Gui Pape, atteste que *in judi-*  
*cando non sequimur jus canonicum sed*  
*civile*; ce que quelques-uns croient  
seulement devoir être observé à l'égard  
de la prescription des biens profanes, &  
non pas de celle des biens ecclesiastiques,  
qu'ils disent ne pouvoir être valable lors-  
que le titre est vicieux en son commen-  
cement, ou qu'il a été rendu tel dans  
la suite: c'est pourquoi les possesseurs  
sont condamnez d'en faire le délaisse-  
ment, sans qu'aucune possession, quelque  
longue qu'elle soit, puisse les en garan-  
tir; de quoi Cambolas liv. 2. chap. 6.  
rapporte un Arrêt, & remarque que les  
Jurisconsultes conseillent à celui qui est  
attaqué par l'Eglise, s'il peut se défen-  
dre par la prescription, de ne point re-  
mettre son titre s'il est vicieux, parce

que la possession fait présumer un titre valable, ce qui ne peut être fait lorsque le vice du titre est apparent par sa remise & son inspection; & de-là vient qu'on dit ordinairement que *melius non est habere titulum quàm habere vitiosum*, pour les biens ecclésiastiques; maxime que Dumoulin a fort préconisée. Mais le Commentateur de M. de la Roche, liv. 1. tit. 10. art. 1. remarque qu'on s'en est départi à l'égard des tiers possesseurs, qui ne succèdent pas à la mauvaise foi de leurs Auteurs, lorsqu'ils ne veulent pas employer le temps de leur possession vicieuse, pour former & accomplir leur prescription.

La Coûtume de Paris art. 118. a reçu la prescription de 30. années sans titre & bonne foi; dans le ressort du Parlement de Toulouse on ne fait point de difficulté sur la prescription des biens profanes, encore que le possesseur n'ait ni titre ni bonne foi; mais pour ce qui concerne les biens ecclésiastiques, on suit la disposition de l'authentique *quas rationes*, cod. de *sacrosanctis Ecclesiis*, par laquelle on ne peut opposer à l'Eglise que la prescription de 40. années, laquelle fait présumer la bonne foi, &

n'exige point de titre : & s'il y avoit un titre vicieux , il ne feroit aucun obstacle au tiers possesseur de bonne foi. La nouvelle Jurisprudence est même allée jusqu'à ce point de confirmer toutes les aliénations des biens ecclesiastiques après l'espace de 40. ans , suivant la doctrine de M. de la Roche , au lieu déjà cité , ce qu'on fonde sur le Canon *quo jure* , *distinct. octava* , par lequel il est décidé que la possession, & la propriété des biens même ecclesiastiques dépend de la disposition des loix civiles , & non pas de celle des Constitutions Canoniques ; de sorte que les loix civiles ayant statué que toutes les actions de l'Eglise se prescrivent par 40. années sans distinction ; il s'ensuit qu'il faut dire qu'après ce temps les possesseurs sont à couvert ; & c'est ce qui est rapporté quelque part dans le procez verbal des Commissaires, qui ont composé l'Ordonnance de 1667. & que la nouvelle Jurisprudence du Parlement de Paris a établie.

On n'a point reçu en France d'autre prescription que celle de 30. années , à l'égard des particuliers & des Laïcs ; car c'est à celle-là qu'a été réduite la prescription de 40. années, qui avoit été or-

donnée en quelques cas par la loi *omnes*, de l'Empereur Anastase, & par quelques autres de Justinien, qu'on voit dans le titre *de prescriptione 30 & 40 annorum*, & cette réduction se trouve faite par une ancienne Coûtume generale de France, qui est attestée par Cironius au liv. 8. de ses Epitres, Epitre 6. où il dit parlant de la prescription de 30. ans, qu'elle met fin à toute sorte de procez en France. C'est ce que nos Auteurs François ont suivi en foule. Boyer en sa décision 328. Mainard liv. 6. chap. 30. & 31. Cambolas liv. 3. Il y a un Arrêt rapporté par M. de l'Estang chap. 9. qui l'a décidé ainsi : s'il y a quelques Arrêts contraires dans M. Louet, lettre H. sommaire 3. & dans Brodeau au même endroit, on peut dire que ces Arrêts sont un reste de cette ancienne Jurisprudence Romaine, qui a été enfin abandonnée par celle des derniers temps, comme il paroît par cet Arrêt de M. de l'Estang, & par celui du Parlement de Paris, prononcé en robes rouges, dont fait mention Chopin, sur la Coûtume de Paris liv. 2. chap. 8. & c'est à quoi la Coûtume de Paris s'est arrêtée en l'article 118.

Il a été dit avec raison que la prescription de 30. ans fait cesser toutes les actions des particuliers, parce qu'à l'égard de celle de l'Eglise, la disposition de la fameuse authentique *quas actiones*, cod. de *sacrosanctis Ecclesiis*, leur donne la durée de 40. années, & ordonne en même temps qu'elles seront sans effet, après qu'un si long espace est expiré : mais cette prescription n'a lieu que pour les actions réelles, qui regardent la propriété des biens en fonds. Mais le privilege de la prescription de 40. années n'a pas son application, quand il n'est question que de droits casuels & revenus annuels ; l'action n'en dure que 30. ans, & la raison de cela est que tous ces droits & revenus appartiennent aux Beneficiers, & par conséquent leur paiement regarde plutôt l'interêt particulier des Beneficiers que celui de l'Eglise ; & ainsi son privilege cesse, & ne doit point être rendu commun aux personnes particulieres ; c'est ce que Bacquet en son traité de desherence chap. 7. a très bien enseigné.

Enfin on a recours à la prescription immémoriale, lorsque toutes les autres manquent : car comme remarquent les

Auteurs rapportez par M. Louet, lettre C. sommaire 21. il n'y a point d'actions ni de droits qui ne soient acquis & éteints par ce moyen: & quelque prohibition que les loix ayent faite du cours & de l'effet de la prescription, celle-là n'est jamais censée y être comprise: c'est pourquoy elle a toujours lieu *ex presumptione justitiæ resultante ex possessione tam longi temporis*, comme dit Maître Charles Dumoulin; & de-là vient qu'elle a force de titre, suivant la loi *hoc jure*, §. *ductus aqua*, ff. *de aqua quotidiana & æstiva*, & même de privilege, suivant le chapitre *super quibusdam*, §. *preterea*, extr. *de verb. sign.*

Quelques uns ne font point de différence entre la possession immémoriale & la centenaire, & c'est le sentiment commun: néanmoins à y regarder de plus près ce n'est pas la même chose, parce que la possession peut être immémoriale, sans qu'elle soit centenaire; puisqu'elle est telle d'abord qu'il n'y a personne qui se souvienne d'en avoir vû le commencement, & c'est ce que la glose du chap. *cum nobis*, extr. *de prescriptionibus*, a fort bien remarqué. Il faut pourtant demeurer d'accord que

parce que la vie de l'homme la plus longue est bornée à l'espace de cent ans ; on met au rang des choses immémoriales tout ce qui a duré un si long intervalle de temps , ce qui a donné occasion de confondre la prescription immémoriale avec la centenaire : mais dans la pratique il a fallu se réduire , quant à l'effet , à la prescription immémoriale , parce que la possession de cent ans ne pouvant pas être prouvée par temoins , puisqu'il n'y en peut point avoir qui ayent pû voir & connoître la possession de cent années ; on a été contraint de se contenter de la preuve de la possession immémoriale , qui fait celle de la centenaire *presumptive* , comme dit Dumoulin en sa note sur le chap. qui vient d'être cité ; & Ferriere sur la question 357. de Gui Pape , déclare que pour la preuve de la prescription centenaire , il suffit que les temoins déposent qu'ils ont vû la possession pendant tout le temps dont ils peuvent se souvenir , & qu'ils se souviennent d'avoir ouï dire la même chose à leurs devanciers ; que c'est le bruit commun , & qu'ils n'ont jamais ouï dire le contraire , & que les temoins qui sont ouïs soient d'un âge à pouvoir se ressouvenir de

ce qu'ils ont appris de leurs predecesseurs, & de ce qu'ils ont vû pendant le cours de 40. années, ce qui n'est en effet que la preuve de la possession immémoriale qui équipole à la possession centenaire.

Bien que la prescription ait été introduite pour un bien public, afin de donner quelques bornes aux procez, & que la propriété & possession des biens ne fussent pas toujours incertaines & chancelantes; il y a pourtant plusieurs choses qui n'y sont pas sujettes; la glose du chap. *cum non liceat*, aux decretales *de prescriptionib.* en a fait un dénombrement fort exact, & Justinien en a marqué deux dans ce titre, dont la première est la chose volée, ou dont on s'est emparé par voye de fait & avec violence, & l'autre la chose appartenante au fisc. Plusieurs sont d'avis qu'on observe en France la disposition du Droit Romain à l'égard des choses volées: car quoique les choses mobilières puissent être prescrites par l'espace de trois ans, suivant l'opinion la plus probable, cela n'a pas lieu par notre usage pour les choses volées, qui ne peuvent être prescrites que par 30. années, comme le tient

Maître Claude Ferriere sur ce titre : ce qui seroit aussi observé pour les immeubles, dont la possession a été prise par force & avec violence, & sur-tout dans le pays du Droit écrit, où la prescription de dix ou vingt ans n'est pas reçue, mais celle de trente ans, suivant l'authentique *mala fidei*.

Pour ce qui concerne les biens du fisc, nous tenons en France que le patrimoine du Prince, & le domaine de la Couronne sont tout ce qui est possédé par le Prince, & qui lui appartient en cette qualité, & est attaché à la Couronne pour l'entretien du Monarque, & pour supporter les charges de l'Etat ; & c'est pour cela qu'il est appelé domaine par excellence, comme étant indépendant de toute autre personne, & un parfait aleu, dont il n'est dû aucun devoir ni hommage ; c'est ce qui a obligé nos Rois de faire plusieurs Ordonnances très-justes & très-necessaires, par lesquelles le domaine est déclaré inaliénable, & par consequent imprescriptible. Les plus notables de ces Ordonnances sont celles de François I. de l'an 1539. & de Moulins de l'année 1586. qu'on appelle communément l'Ordonnance du domaine qui

en défend absolument l'aliénation, si ce n'est en deux cas, dont l'un est l'apanage des puînez mâles de la Maison de France, & l'autre pour la levée des deniers comptans pour la nécessité de la guerre, après des lettres pour ce décernées, auquel cas il y a faculté de rachat perpétuel. Il y a encore quelques autres cas qui sont marquez par M. le Bret en son traité de la *Souveraineté du Roy*, liv. 3. chap. 2. & conséquemment ces Ordonnances déclarent le domaine imprescriptible, parce que la prescription est une espece d'aliénation; & quoique quelques-uns ayent estimé que la disposition de ces Ordonnances n'empêche pas la prescription centenaire, & qu'il falloit le tenir ainsi *in consulendo & judicando*: néanmoins M. le Bret, au lieu ci-dessus rapporté, atteste que ces Ordonnances sont exactement exécutées, & qu'on ne reconnoît point de prescription contre le Domaine, ce qui est très-juste à cause de la faveur du domaine, qui est une propriété sacrée, & un droit attaché à la Couronne, & comprend les terres, seigneuries, forêts, droits de censive, & autres choses semblables appartenantes au Roy, qui sont rendues & déclarées

domaniales par une incorporation expresse, c'est-à-dire, par une Declaration qui porre qu'elles sont unies au domaine & en font partie, ou bien par une incorporation tacite qui est faite par la jouissance de dix ans au nom du Roy & à son profit par les mains de ses Receveurs & Tresoriers du domaine, comme il est porté par l'article 2. de l'Ordonnance du domaine, par le moyen de laquelle jouissance, & du compte que les Tresoriers rendent des revenus, on convient que le Roy acquiert la propriété même sans titre, qui semble toujours être intervenu, & est présumé au profit du Roy, auquel les propriétaires sont censés faire abandon & transport par la souffrance d'une si longue possession.

Outre le domaine, il y a des droits royaux qui sont spécialement attachez à la Souveraineté, & ne peuvent être communiquez à autre personne qu'à celle du Prince; comme le droit d'aubaine, de bâtardise, celui de faire des impositions sur le peuple, de faire des loix, créer des Magistrats, battre monnoye, lesquels ne pouvant être possedez par les sujets, ni par autre que par le Prince, ne peuvent pas par consequent être pres-

crits : on met encore dans ce nombre les choses qui sont destinées à l'usage public, comme les chemins royaux, les ruës & les places publiques : mais il est à observer que quoique ces choses semblent appartenir au Roy de plein droit, elles ne sont pas néanmoins considérées avant l'incorporation comme domaniales & imprescriptibles, & peuvent être acquises par la prescription de 30. années, suivant la note celebre de Ferriere, sur la question 416. de Gui Pape, qui se fonde sur le sentiment de Bacquet qu'il rapporte, & atteste que c'est la forme de juger du Parlement de Toulouse, qu'on suit aussi à l'égard des censives & des droits casuels des fiefs, comme les lots, quints & rachats, & autres semblables : mais on n'observe pas en France le §. *editto* de ce titre, par lequel ceux qui avoient acheté ou acquis du fisc étoient à couvert de la demande que le propriétaire & le creancier pouvoient intenter, pour en demander le délaissement, ou qu'elle fût déclarée sujette à son hypothèque, après qu'il en avoit jouï pendant quatre ans : car le privilege du fisc n'abroge point l'action des propriétaires & creanciers laquelle dure 30. ans,

Il doit être enfin remarqué que la prescription contre l'action hypothécaire par la possession paisible du tiers possesseur pendant dix ans entre presens, & vingt ans entre absens, établie par le titre *si adversus creditorem prescriptio opponatur*, est d'un usage constant & inviolable, & qu'ainsi les hypothèques sont éteintes par l'intervalle de ce temps qui est compté depuis qu'on a pû agir, & a son effet contre les majeurs, & les personnes non privilégiées. On appelle tiers possesseur celui qui a acquis même du débiteur : c'est une jurisprudence generale que la presence ou absence qui fait la difference de la prescription de dix ou vingt ans est réglée par Bailliages, & qu'on tient pour presens ceux qui sont residens dans un même Bailliage, & pour absens ceux qui demeurent dans des Bailliages differens.

*Les uns disent  
dans le  
même Baill.  
159. 16. 160  
qu'en vide*

---

CHAPITRE V.

*Des Donations.*

LES donations sont un autre moyen d'acquérir, qui étoit compris dans son origine sous celui de la tradition, &

par consequent étoit du droit des gens ; parce qu'il est certain que les donations n'étoient valables & obligatoires, que lorsqu'elles avoient été suivies de la tradition : mais Justinien ayant ordonné par le §. dernier, de la loi 35. *si quis argentum*, cod. *de donationibus*, que la donation pouvoit être faite par le seul consentement, & étoit obligatoire sans tradition, elle fut convertie en moyen d'acquiescer par le droit civil ; c'est pourquoy Justinien après avoir dans ses Institutions traité de l'usucapion, parle des donations qu'il divise en donations entre-vifs, & à cause de mort, & à cause des noces, auxquelles le Droit François en a ajouté une quatrième qui est appelée donation en faveur & contemplation de mariage, & il a établi une jurisprudence toute différente de celle du Droit Romain à l'égard de toutes ces donations, qui merite d'être expliquée avec une attention particuliere ; c'est pourquoy il ne sera pas hors de propos d'en faire trois chapitres separez. Le premier, sera des donations simples & à cause de mort. Le second, des donations contractuelles, & en faveur de mariage. Et le troisiéme, de l'augment & de

douaire qui ont succédé parmi nous à la donation à cause de nôces.

Les Auteurs du pays Coûtumier font difficulté de sçavoir s'il falloit admettre la premiere division des donations, en donations entre-vifs & à cause de mort. Plusieurs prétendent que parce que dans la Coûtume de Paris il n'est fait mention que des donations entre-vifs & des testamens ; les donations à cause de mort ne sont point valables si elles ne sont faites dans un testament, soutenu par toutes les solemnitez prescrites par les Coûtumes. Mais la plus grande & la plus saine partie des Auteurs tiennent que les donations à cause de mort, faites devant deux Notaires par des personnes qui sont en bonne santé, sont valables : car si les donataires étoient malades, les Arrêts du Parlement de Paris rapportez dans le troisiéme tome du Journal des Audiéces liv. 2. chap. 2. les ont déclarées nulles ; & en pays de Droit écrit personne n'oseroit contester la validité de ces donations, pourvu qu'elles soient faites, avec le nombre des temoins, & à la maniere prescrite par ce Droit. Quoiqu'il en soit de la formalité, il est certain qu'on reconnoît

ces deux especes de donations quant à l'effet, dont la premiere est appellée entre-vifs, parce que le donateur se desait de la propriété de la chose donnée, & la transporte au donataire sans aucun retardement ni condition, & comme dit la loi *i. de donationib. au dig. ita ut statim velit fieri accipientis, nec ullo casu ad se reverti*, au lieu que le donateur à cause de mort se regarde preferablement à son donataire, auquel il ne veut faire du bien qu'après sa mort, & au préjudice de son héritier. L'une est irrévocable, parce que le donateur n'a d'autre vûë que d'exercer une liberalité prescrite, & l'autre peut être toujourns révoquée pendant la vie du donateur, qui n'ayant été porté à donner que par la crainte & pensée de la mort, est censé avoir voulu en renvoyer l'effet après sa mort; ce qui fait que ces donations sont regardées comme une dernière disposition, à l'égard desquelles c'est une regle de Droit que *ambulatoria est hominis voluntas usque ad extremum vitæ exitum*. Ces considerations ont fait qu'on a établi une maxime qui est souvent employée dans le Palais, qui porte que *donner & retenir ne vaut*. Elle est autorisée par la

Coûtume de Paris en l'art. 273. & expliquée aux art. 274. & 275. qui déclarent que ce n'est donner & retenir quand l'on donne la propriété d'un héritage retenu à soi l'usufruit à vie ou à temps, ou quand il y a clause de *constitut* ou *precaire*.

Il est facile de comprendre pourquoi la donation n'est pas valable, quand le donateur se réserve la faculté de disposer des choses données, & que c'est parce que l'essence de la donation consiste à transférer la propriété au donataire, *cum ita donat ut statim velit fieri accipientis*; & ainsi la faculté de disposer réservée par le donateur renverse directement la substance de la donation, qui ne peut par conséquent subsister; mais pour ce qui concerne la réserve de la seule possession, il semble qu'elle n'empêche pas l'effet de la donation pour la translation de la propriété: néanmoins la Coûtume de Paris étant formelle, & desirant que le donataire soit rendu possesseur ou actuellement ou civilement, par la clause de *constitut* ou de *precaire*, il ne faut point douter que la donation ne fût nulle, s'il n'étoit intervenu quelque une de ces possessions; jusques-là qu'il a été jugé par l'Arrêt rapporté par Chopin, sur

l'article 273. de la Coûtume de Paris ; que la donation étoit nulle , lorsque le donateur avoit retenu en son pouvoir la minute originale de la donation , sans souffrir qu'il en fût délivré aucune grosse au donataire ; & il atteste qu'il y a plusieurs de ces especes qui sont rapportées & traitées par M. Louet , & son Commentateur , lettre D. chap. II. & dans les autres Collecteurs d'Arrêts , & Interpretes de la Coûtume : mais en pays de Droit écrit la rétention de la possession ne rendroit pas la donation nulle , parce que par la nouvelle Jurisprudence de Justinien , la donation est parfaite par le seul consentement , & le donataire peut contraindre le donateur ou son héritier à la délivrance des choses données.

On distingue encore par le Droit Romain les donations entre-vifs & à cause de mort , par leur motif & leur cause , & non pas par l'état du donateur ; en telle sorte que si le donateur étant malade à l'extrémité de sa vie , déclare qu'il entend faire une donation entre-vifs & irrevocable , elle sera jugée telle , parce que *causa donandi magis est quàm donatio mortis causâ , & perinde haberi debet ac donatio inter vivos* , & qu'il est vrai de

dire avec Papinien en la loi *sera*, §. *ult. ff. de donatione mortis causâ*: non tam *mortis causâ quàm morientem donare*: mais en France dans le pays Coûtumier, la qualité des donations à cause de mort, est réglée par l'état du donateur: c'est pourquoi il est nommément porté par l'article 277. de la Coûtume de Paris, que toutes donations, encore qu'elles soient conçues entre-vifs, faites par personnes gisans au lit malades de la maladie dont ils décèdent, sont réputées à cause de mort & testamentaires, & non entre-vifs.

Nous avons aussi deux décisions opposées à celles du Droit Romain. La première, est que les donations faites au profit des concubines ou des femmes de mauvaise vie, étoient valables par le Droit Romain, *leg. affectionis. leg. in concubinas*, au dig. sur ce titre, ce qui n'est pas observé en France, où toutes donations faites à des concubines sont déclarées nulles, ce qui s'entend de toute sorte de femmes avec lesquelles on a eu quelque mauvais commerce. En second lieu, on regarde les donations qui sont faites par un des fiancez à l'autre, comme valables par le Droit Romain, suivant la loi 1. *ff. de donationibus*: mais

en France elles sont entierement reprovées, d'autant qu'on les considere comme des contre-lettres contraires au contract de mariage, & qu'on croit qu'il est plus dangereux de faire subsister ces donations, que celles qui sont faites par des mariez, parce qu'il est plus difficile aux fiancez de resister aux attraits d'une amitié naissante, qu'aux mariez dont la passion est moderée par le mariage. M. Louet lettre D. nomb. 28. rapporte plusieurs Arrêts qui l'ont ainsi décidé; & il y a apparence qu'on suivroit cette forme de juger, si l'occasion s'en presentoit dans le Ressort du Parlement du Droit écrit, où les contre-lettres ne sont pas moins reprovées que dans celui du pays Coûtumier. Nous n'avons pas aussi suivi la disposition du Droit Romain, pour ce qui concerne la forme & la validité des donations à cause de mort, par ce droit, *mortis causâ donatur quod presens presenti dat, leg. inter, ff. de donationibus causâ mortis*. Cette presence n'est pas necessaire par la Jurisprudence d'aujourd'hui, & la donation à cause de mort faite au profit des absens est valable, & considerée comme derniere volonté, quand elle est faite par un testa-

Les arrêts  
de Louet  
sur son  
sur la  
coutume  
de Paris  
art 282.  
au  
du val  
de l'empire

ment, & inserée dans une clause codicillaire, elle a cet effet de faire valoir les testamens des enfans de famille faits du consentement du pere, comme il a été enseigné par M. Mainard livre 4. chapitre 1.

Les donations tant entre-vifs qu'à cause de mort, sont prohibées par l'article 131. de l'Ordonnance de 1539. lorsqu'elles sont faites par les pupilles & mineurs au profit de leurs tuteurs & curateurs gardiens & baillistres; ce qui a été étendu par les Arrêts des Cours Superieures aux apprentifs, soldats, clients, novices, à l'égard de leurs maîtres, capitaines, procureurs, sollicitateurs de procez, qui ont les actes en leur pouvoir, & des Monasteres & Ordres où les novices font leur profession, ce qui n'avoit pas été fait par le Droit Romain.

Il est de plus certain que par le Droit Romain les donations entre-vifs pouvoient être faites entre absens, & étoient valables sans acceptation expresse, ce qui a été changé par l'Ordonnance de 1539. art. 132. & suivant, par lequel la presence du donateur & du donataire, & l'acceptation de ce dernier est nécessairement requise: mais par la Declara-

tion de 1549. les donations faites à des personnes absentes peuvent être acceptées par le donataire hors de la présence du donateur, pourvu que l'acceptation soit faite du vivant du donateur, en présence de personnes publiques & temoins, ou de deux Notaires, & que l'instrument de la donation soit inséré dans la note, acte & instrument de l'acceptation: & par les Arrêts du Parlements de Paris l'acceptation est si fort nécessaire, qu'il faut qu'elle soit énoncée expressement dans l'acte des donations, & que le terme d'accepter y soit nommément couché, sans quoi la donation seroit nulle, encore qu'il y fût fait mention de la présence du donataire; ces Arrêts sont rapportez par Brodeau, lettre D. nomb. 8. & il ne peut pas être contesté que ce ne soit l'esprit & le sens des Ordonnances qui ont requis l'acceptation pour la validité des donations, ainsi elle doit être expresse & non pas tacite & par induction. Nos Ordonnances sont convenuës avec le Droit Romain pour ce qui concerne les insinuations, qu'elles ont déclarées nécessaires pour la validité des donations des immeubles, & de l'universalité de meubles,

& cela est porté par l'art. 132. de l'Ordonnance de 1539. & par l'article 58. de l'Ordonnance de Moulins, qui a de plus déclaré que les donations faites en faveur de mariages, & même les remuneratoires, sont sujettes à l'insinuation, qui doit être faite pardevant les Juges Royaux des lieux, dans lesquels les choses données sont situées; ce qui fait que la donation seroit sans effet si l'insinuation étoit faite devant un Juge baneret. On entend par les Juges Royaux les premiers Juges, à moins que les parties ne fussent nobles: car ceux qui sont de cette qualité ont droit de se retirer devant les Senéchaux, dans le détroit desquels les biens donnez sont situez; mais il est à noter que le défaut d'insinuation ne peut être opposé que par les Creanciers & le tiers acquereur, & non pas par le donateur ou ses heritiers, parce qu'ils ne peuvent pas venir contre leur propre fait.

## C H A P I T R E VI.

*Des donations en faveur du  
Mariage.*

**V** Alere dit fort à propos, que *liberalitatis dua sunt fontes, maximè probabiles; verum iudicium & honesta benevolentia*; car il nous apprend par-là que les donations ne peuvent être louables, si elles ne partent de ces deux principes, & que celles qui les ont pour fondement, méritent d'être traitées favorablement: c'est ce qui a fait que comme en France, nous avons rejeté toutes les donations qui peuvent avoir quelque cause vicieuse, ainsi qu'il a été remarqué au chapitre précédent; on a aussi considéré qu'il n'y a rien de plus utile, ni de plus nécessaire que le mariage, pour l'entretien des Etats, & que c'est la source de la société civile; & par cette raison nous avons crû qu'il n'y a point de donations plus justes & plus raisonnables, & qui par conséquent doivent être plus favorisées que celles qui sont faites en faveur de mariage, ce qui dérive de la disposition des anciennes loix, que nous appel-

lons les loix ripuaires, où il est dit au chap. 39. *des dots*, que toutes les conventions faites en contract de mariage, doivent être inviolables, & c'est en quoi le Droit François a sans doute surpassé le Droit Romain, lequel s'est contenté d'accorder à la dot plusieurs privileges, sans en donner aucun aux donations faites en faveur de mariage & aux mariez, ou aux enfans qui en doivent provenir, quoiqu'il y ait presque la même raison pour l'un & l'autre, puisque les donations doivent servir comme la dot à supporter les charges du mariage, qui n'est guères contracté entre les personnes nobles & riches qu'à la faveur de ces donations: c'est pourquoi il semble que Cujas n'a pas eu raison de dire au chap. 4. du cinquième livre de ses observations, que *donationum quæ moribus nostris fiunt respectu matrimonii, favor est nimius*, parce que *non est jure Romano receptus*, puisqu'au contraire le Droit François est plus raisonnable & plus juste que le Droit Romain: mais cet Auteur remarque fort bien au même lieu, que la donation en faveur de mariage est tout-à-fait différente de celle qui est appelée par le Droit Romain donation à

cause de nôces. Au surplus j'oserai avancer que la définition qu'il donne de la donation en faveur du mariage n'est pas fort exacte : car il dit que cette donation *fit alterutri conjugum à parente vel extraneo, conjugii non conjugis nomine* ; ce qui n'est pas tout-à-fait véritable, parce que ces donations ne sont pas seulement faites aux mariez, comme le porte cette définition, mais aussi aux enfans qui en descendent ; & il est difficile de comprendre ce que veut dire que cette donation est faite *conjugii non conjugis nomine* : d'autant qu'il est bien vrai que le mariage est la cause impulsive de ces donations, mais les mariez & leurs enfans en sont la cause finale, & en peuvent disposer comme bon leur semble, & les mariez même au préjudice de leurs enfans, lorsque leurs enfans ne sont pas donataires, quoique la donation porte qu'elle est faite en contemplation & en faveur du mariage, & des enfans qui en descendent, suivant la jurisprudence du Parlement de Toulouse, rapportée par Cambolas liv. 3. de ses questions chapitre 49.

Or le premier avantage de ces donations est, qu'elles sont irrévocables, en-

core qu'elles soient faites par un pere à un fils non émancipé, & qu'il a sous sa puissance, ce qui est contre les principes du Droit Romain, comme l'a remarqué Cujas : car la puissance paternelle a cet effet, que le pere & le fils ne sont regardez que comme une même personne, ce qui fait qu'il est impossible de comprendre qu'ils puissent se donner respectivement, parce que la donation qui est un acte relatif, suppose necessairement les deux personnes du donateur & du donataire differentes, d'où vient que les donations faites par un pere à un fils non émancipé, n'étoient point à la verité tout-à-fait nulles, à cause de l'esperance qu'elles pouvoient être confirmées, & renduës valables par l'approbation après l'émancipation, ou par la mort ; mais elles n'étoient pas obligatoires, & le pere les pouvoit révoquer pendant sa vie, & ce n'étoit que par la mort qu'elles avoient leur effet, au cas qu'il ne les eût pas révoquées ; encore n'avoient-elles que les effets des donations à cause de mort, comme il a été marqué dans la loi 25. au code, titre de *donationibus inter virum & uxorem*.

Cette jurisprudence trop subtile &

qui n'étoit fondée que sur une fiction ; & sur l'identité imaginaire des personnes du pere & du fils véritablement distinctes & différentes dans la réalité , a été abrogée avec raison par la Coûtume générale , attestée par M. Dolive livre 3. chap. 30. de ses questions , & par tous nos Docteurs François ; & on peut dire en ce point-là , que le Droit Romain se contredisoit : car puisqu'il avoit reçu que nonobstant cette fiction , les peres pouvoient donner à leurs enfans pour cause de dot , & de donation à cause de nôces par la loi 2. cod. *de donationibus ante nupt. & propter nupt.* on ne voit point pourquoi il n'a pas reçu par la même raison les autres donations entrevifs en faveur du mariage , & c'est ce qui a été fort bien relevé par Gui Pape, en sa question 145. où il marque & établit fort bien la validité irrévocable , & les autres avantages de la donation en faveur du mariage , sur l'autorité & les privilèges de ce contract , lequel étant un lien indissoluble par les loix du Christianisme , doit être inviolable dans toutes les conventions , sous la foi desquelles il a été passé ; & c'est ce qui a fait dire à nos Docteurs , que ces donations  
sont

sont valables *propter coherentiam matrimonii*. D'où vient, qu'à fin que ces donations jouissent de l'avantage de la Coutume, il est nécessaire qu'elles soient faites dans le Contract de mariage, ou du moins qu'elles y aient donné lieu; en telle sorte qu'il a été même douté si elles sont valables, lorsqu'elles se trouvent faites dans un contract séparé, quoique antérieur à celui du mariage: & M. Dolive, au lieu déjà cité, rapporte qu'il ne fut jugé au profit de telle donation, qu'après partage; mais il rapporte en même temps un Arrêt dans lequel la donation faite après le mariage contracté fut déclarée revocable contre la teneur de ceux qui sont rapportez par M. Louet, lettre D. nomb. 45.

Sur le fondement de la même Coutume generale, on peut non seulement donner par contract de mariage, mais encore instituer heritier, & substituer aussi-bien que par testament: c'est ce que nous appellons communement institution, substitution contractuelle, qui sont approuvées & autorisées par l'art. 57. de l'Ordonnance de Moulins, ce qui est aussi contraire à la disposition du Droit Romain, qui ne permet point de

donner l'hérédité ni un fidei-commis universel, ni particulier, par une convention obligatoire & irrevocable, parce qu'il met ces dispositions au nombre des dernières volontés, qui rendent par conséquent toutes les précédentes inutiles, tous les pactes de succéder étoient nuls & contraires aux bonnes mœurs & à la liberté de tester, *leg. pactum*, cod. *de pactis*; ils ne valoient pas même comme dernière volonté ou donation à cause de mort, *leg. 19. de pactis*. Parmi nous ces loix & toutes les autres qui contiennent la même décision sont abrogées, & les pactes de succéder faits en contrat de mariage sont irrevocablement valables, ainsi que le montre Fernand au traité *de filiis natis*, &c.

Les pactations aussi de ne point succéder, ou renonciations qui y sont faites par les filles dans leur contrat de mariage, moyennant la constitution de la dot, ou la donation dont le père les gratifie, sont valables en France contre la disposition de la loi *pactum*, au cod. tit. *de collationibus*, & ces renonciations sont une espèce de donation qui tourne au profit du père constituant, & semblent par cette raison sujettes à l'insinuation,

aussi-bien que les donations simples, suivant l'Ordonnance de Moulins, en l'article ci-dessus rapporté, & la doctrine du même Fernand chap. 7. nomb. 17.

Mais il y a cette difference entre les donations simples, & celles qui sont conçues par les termes d'institutions & de substitutions, que les premières ont leur effet depuis le jour qu'elles sont faites, si elles ne contiennent point une réserve expresse de l'usufruit en faveur du donateur, au lieu que l'heritier ou le substitué ne peut prendre la jouissance des biens qu'après la mort de l'instituant ou substituant, parce qu'il ne peut point y avoir un heritier d'un homme, tandis qu'il est en vie; & c'est ce qui est amplement traité par le même Fernand au même chap. 7. déjà cité.

Les donations faites en faveur du mariage, sont tellement irrevocables, qu'il n'y peut être dérogé par aucune convention postérieure des parties, non plus qu'à aucun article des conventions matrimoniales concernant l'avantage des mariez ou de leurs enfans: ces changemens ou dérogaions sont appellées des contre-lettres, parce qu'elles sont contraires à la teneur de la lettre du con-

tract de mariage, & on les casse sur le fondement de cette maxime constante, que tout ce qui est porté par le contract de mariage est immuable, suivant l'esprit des loix ripuaires, & c'est une chose qui a passé en Coûtume generale, tant dans le pays Coûtumier que du Droit écrit, comme l'ont fort bien remarqué M. Louet lettre C. nomb. 28. Mainard liv. 3. chap. 5. & tous les autres Docteurs François,

Neanmoins la grande faveur de ces donations n'empêche pas qu'elles ne puissent être révoquées par la survenance des enfans nez, ou legitimez par un mariage subsequant, suivant la loi *si unquam*, cod. de *revocandis donationib.* & la jurisprudence des Arrêts qui ont été recueillis par M. Louet & Brodeau, Elles peuvent aussi être révoquées par l'ingratitude des donataires, suivant les Arrêts rapportez par M. Dolive chap. 5. liv. 4.

## CHAPITRE VII.

*De l'augment ou du Douaire, & des gains nuptiaux.*

**O**utre les donations que les parens, & même les personnes étrangères font souvent dans les contracts de mariage aux mariez ou aux enfans qui en peuvent provenir ; les mariez se font respectivement des dons & des avantages qui doivent avoir leur effet par leur predecès, lesquels sont stipulez par les contracts, & c'est ce qu'on appelle les gains nuptiaux, qui font ordinairement partie des conventions matrimoniales: on voit dans le Droit Romain que les femmes qui se marioient donnoient à leurs maris à titre de dot, une partie notable de leurs biens, ou les parens pour elles, afin que le mari s'en servît pour supporter les charges du mariage, qui consistent dans l'entretien des mariez & de leurs enfans & leur éducation, & qu'elles reservoient une autre partie de leurs biens qui n'étoient pas compris dans la constitution dotale, qu'on appelloit par cette raison parafernal, parce qu'ils étoient hors de

la dot, dont elles donnoient quelquefois la jouissance à leurs maris, & quelquefois la retenoient, dequoi il y a un texte fort notable dans la loi 8. au §. *ceterum* & suivant *de jure dotium*, au dig. & dans la loi dernière du titre du code *de pactis conventis* : car le mariage étant une société mutuelle entre les mariez, les femmes qui d'ordinaire n'ont pas tant d'industrie que les hommes, étoient obligées d'apporter de l'argent dans cette société, & les maris comme plus propres à se charger de la conduite de la maison & de l'entretien de la famille, n'étoient tenus que de prendre l'administration & de fournir seulement leur travail ; tellement qu'ils ne donnoient que certains presens honnêtes, comme habits, joyaux, & bijoux, pour l'ornement de leur fiancée : mais les Empereurs ayant trouvé qu'il étoit convenable à l'amitié mutuelle des fiancez, & à l'égalité qui doit être gardée entre des personnes si étroitement unies, que les maris fissent quelque libéralité à leurs femmes, en compensation de la dot qu'ils en recevoient, introduisirent, comme le rapporte Justinien dans le titre de ses instituts, une donation reciproque appelée *antipherna*,

ou *contrariam dotem*, ou *ante nuptias donationem* laquelle consistoit en fonds, argent ou meubles qui étoient délivrez à la fiancée, laquelle souvent elle comprenoit dans la constitution de dot, & en laissoit souvent la jouissance à son mari, comme il est observé par M. Cujas au lieu ci-dessus remarqué. Cette donation étoit appellée du commencement *ante nuptias*, jusqu'à ce que Justinien ayant ordonné qu'elle pourroit être faite & augmentée pendant le mariage, voulut qu'elle fût appellée *propter nuptias*, afin que le nom fût convenable.

M. Cujas au lieu déjà cité, & tous les Auteurs François demeurent d'accord que cette donation à cause de noces n'est plus en usage parmi nous, qui avons substitué à sa place l'augment ou le douaire: elle avoit été même déjà abolie par les Empereurs Grecs, qui avoient inventé une autre gratification, que les maris faisoient à leurs fiancées en cas de leurs predecez, qui s'appelloit *Hypobolon*; qui consistoit en ce que les veuves, outre la dot qu'elles avoient portée à leurs maris, recevoient la moitié de la somme ou valeur de la dot, en vertu de la convention appolée à leur contract de ma-

riage, ou par la force de la Loi, ce qui ne produisoit qu'une simple esperance & une hypoteque pour la sûreté de la dot. Le cas du gain de l'*Hypobolon* arrivoit par le predecès du mari, ce qui montre la difference qu'il y a entre cet *Hypobolon*, & la donation à cause de nôces, laquelle consistoit en la délivrance actuelle des biens donnez par le mari.

L'usage du pays du Droit écrit approche fort de cet *Hypobolon*, & principalement celui du Parlement de Toulouse, où il est appellé augment, parce que c'est une augmentation dans la restitution de la dot, qui est de la moitié dans la Coûtume de Toulouse, & presque dans tout le ressort de ce Parlement. Il est vrai que comme cet augment n'est pas établi par le Droit Romain, on ne peut pas en regler les droits, & ils dependent absolument de l'usage & de la Coûtume, non seulement pour la quantité, mais aussi pour ce qui concerne son acquisition en propriété ou en usufruit: car à Toulouse, Montpellier, Cahors, & quelques autres Villes, les femmes le gagnent en propriété, à la charge neanmoins de le restituer à leurs enfans vi-

vans au temps de leur decès ; & presque par-tout ailleurs elles n'en ont que l'usufruit pendant leur vie , & après leur mort il retourne aux heritiers. Ainsi ceux-là se trompent qui croient qu'on doit décider toutes les questions touchant l'augment sur les loix qu'on lit dans le code sur le sujet des donations à cause de <sup>noce</sup> mort, comme l'a fort bien remarqué M. Mainard liv. 4. chap. 56. & Brodeau sur M. Louet lettre D. <sup>nom. 10</sup> nomb. 49. Il faut pourtant convenir que pour ce qui concerne les peines des secondes nôces , on observe à l'égard de l'augment, ce qui se trouve décidé par le Droit Romain , & par la loi *hac edictali*, cod. de *secundis nupt.* pour les donations à cause des nôces , & même pour le gain de la portion virile de la dot , & de l'augment que font le pere & la mere qui ne se remarient point.

Dans le pays Coûtumier on assigne aux femmes un douaire qui dépend de la convention des parties , & en défaut des conventions , de la disposition des Coûtumes , lequel consiste ordinairement , & principalement le Coûtumier, en la moitié des biens immeubles que le mari possédoit & dont il étoit proprié-

taire lors de son contract de mariage, comme aussi des heritages qui lui sont échûs pendant le mariage en ligne directe descendante, dont la femme demeure d'abord saisie par la force de la Coutume, *le mort saisit le vif*, incontinent après la mort de son mari, pour en jouir en simple usufruit pendant sa vie, & le laisser par son decez aux enfans d'elle & de son mari, du chef duquel vient le douaire, ou à ses heritiers, s'il n'est convenu par une stipulation expresse, que la femme doit gagner le douaire sans retour; ainsi le douaire n'est à proprement parler qu'un usufruit duquel la femme n'est point obligée de demander par simple action la délivrance, comme on peut voir par le titre *des douaires* de la Coutume de Paris, qui fait mention de deux sortes de douaires, dont elle appelle l'un *préfix*, c'est-à-dire convenu & arrêté par le contract de mariage; & l'autre *Coutumier*, parce qu'il est dû & fixé par la Coutume sur le pied ci-dessus. Le dernier n'a lieu que lorsqu'il n'y en a pas un *préfix*, & anciennement il n'y avoit que le premier qui fût en usage; mais parce qu'on ne manquoit presque jamais d'en convenir par le contract de maria-

ge, lorsqu'on avoit omis de le faire le douaire étoit suppléé & sous-entendu par la force de la maxime commune, qui porte que *ea quæ sunt moris & consuetudinis, contractibus inesse intelliguntur*; & c'est ce qui fut déclaré par une Ordonnance du Roy Philippe II, rapportée par l'ancien Praticien Beaumanoir, & a été suivi par toutes les Coûtumes: dans le pays même du Droit écrit on reconnoît aussi cette double espece d'augment conventionnel ou Coûtumier. Du reste, il est facile de concevoir que le douaire approche plus de la donation à cause des nœces que l'augment, parce qu'il consiste aux immeubles comme cette donation: mais ils conviennent tous deux en cela qu'ils ont leur force, & l'hypothèque depuis la date du contract de mariage, & qu'ils ne sont pas regardés comme des donations purement gratuites, mais à titre onéreux, quoiqu'ils soient sujets au retranchement de la loi *hac edictali*, cod. de *secundis nuptiis*, & suivant la jurisprudence de Toulouse, à laquelle est conforme celle de tous les Parlemens de France. Enfin ils sont semblables en ce que selon la plûpart des Auteurs, ils

ne sont dûs l'un & l'autre que par le predecès du pere , au profit premiere-  
ment de la femme , & après des enfans  
communs à titre de filiation , encore  
qu'ils ne soient pas heritiers de leur pere  
ni de leur mere ; c'est un present que la  
loi leur fait & qu'elle met à part & à  
couvert de l'infortune des parens. Ils  
sont differens pour les interêts , & pour  
les fruits qui sont dûs du douaire à la  
femme dans le pays Coûtumier depuis  
le décès de son mari ; ce qui n'a pas lieu  
pour l'augment dont les interêts ne sont  
dûs que depuis l'introduction de l'ins-  
tance par la jurisprudence du Parlement  
de Toulouse & de Provence, attestée par  
M. Argout en ses institutions du Droit  
François , au chap. de l'augment & du  
douaire.

---

### CHAPITRE VIII.

*Qui sont ceux auxquels il est permis  
ou défendu d'aliéner.*

**A**Près avoir remarqué plusieurs  
moyens d'acquérir les biens , in-  
tro.uits tant par le droit des gens que  
par le Droit Civil, qui procedent la plû-

part de l'alienation qui en est faite par le propriétaire, comme les ventes, les donations, les échanges, les fiefs, emphyteoses, prêts & autres semblables; il est à propos de sçavoir qui sont ceux qui peuvent aliener valablement, & servir de fondement à une acquisition legitime par le transport de la propriété. C'est de quoi Justinien a proposé la regle dans le §. *per traditionem*, du titre de *rerum divisione*, lorsqu'il dit qu'il n'y a rien de si conforme à l'équité naturelle, que de faire subsister la volonté d'un propriétaire, lorsqu'il déclare qu'il veut transporter la propriété de son bien à un autre: d'où on a tiré cette consequence & cette regle, que ceux qui ne sont pas propriétaires ne peuvent pas aliener au préjudice du veritable maître, ce qui fait que l'acquisition faite à *non domino*, n'est pas un titre valable, suivant les élémens de la jurisprudence; mais cette regle n'est pas si generale qu'elle n'ait quelque exception, puisque quelquefois un propriétaire ne peut aliener, & quelque-fois aussi il est licite d'aliener le bien d'autrui: ce qui a été introduit par des considerations particulieres pour lesquelles il a été jugé utile & necessaire

de ne point suivre la regle generale?

La premiere exception que Justinien en ce titre appole à la faculté du propriétaire d'aliener son bien, est à l'égard du fonds dotal dont le mari est seigneur, & neanmoins il n'a pas par le Droit Romain la permission de l'aliener ni de l'hypotequer même du consentement de la femme, suivant la disposition que cet Empereur rapporte dans ce titre; ce qu'il regla encore mieux par les constitutions du titre *de rei uxoria actione*, cod. où il veut que la loi *Julia*, qui défend l'alienation des biens dotaux, ait lieu généralement dans toutes les provinces de l'Empire, & lors même que la femme avoit eu la facilité de consentir à l'alienation: ce qui étoit fort raisonnable, parce que cette défense étant fondée sur la fragilité du sexe, qui n'est pas capable du discernement necessaire pour ce qui concerne la conservation de son bien, il étoit convenable à l'utilité publique de défendre l'alienation faite du contentement de la femme, puisqu'il étoit plus prejudiciable que l'hypoteque, laquelle ne pouvoit être donnée même de son consentement. On peut dire pourtant que par rapport au mari la loi *Julia*, ne

faisoit pas une exception formelle à la regle qui permet l'alienation de son bien: car le mari n'est pas absolument & véritablement propriétaire du fonds dotal; il n'en a à vrai dire que la simple administration & jouissance pendant le mariage, pour en supporter les charges. En effet Justinien au §. *nam dotale*, du titre premier de ce livre, ne dit pas qu'il en soit le maître absolu, & que la propriété lui en soit totalement transférée, *sed dotis causâ tantum*. C'est-pourquoi le même Empereur expliquant plus clairement la chose, déclare que le mari n'a en effet que la propriété civile, pour gagner les fruits & intenter les actions concernans les biens dotaux, & que la propriété réelle & naturelle en appartient à la femme, à laquelle ils doivent revenir quand le mariage est fini, & qui en transmet la propriété à ses heritiers, surtout lorsque le fonds a été constitué & délivré sans estimation: car s'il y a estimation, c'est une vente qui rend le mari maître absolu du fonds, & debiteur seulement du prix, suivant la loi 5. du code au même titre, si ce n'est que le mari fût insolvable, car alors la femme a une action utile pour revendiquer le fonds.

qu'elle a baillé en payement de la dot.

Mais par la correction que Justinien a faite en défendant l'aliénation du fonds dotal, même par la femme, il a véritablement par rapport à elle fait une exception au droit de propriété, par lequel *rei sua quisque est moderator & arbiter*, ce qui est fort exactement observé dans le pays du Droit écrit, en telle sorte que la femme peut demander qu'on déclare nulle l'aliénation qu'elle a faite de ses biens dotaux, ou son mari avec elle, ou sans son intervention, suivant les Arrêts rapportez par M. Dolive; mais en pays Coustumier la loi *Julia*, & la constitution de Justinien ne sont pas observées, ainsi que l'atteste Brodeau sur M. Louet let. C. somm. 22. & comme il est déclaré au Journal des Aud. tome 2. liv. 6. chap. 47. en telle sorte que les alienations & obligations contenant l'hypothèque du fonds dotal sont valables; il y a même une Declaration du Roy de l'année 1664. qui l'ordonne ainsi à l'égard des pays de Foretz, Beaujolois, & Lyonnois, qui sont du Ressort du Parlement de Paris, quoiqu'ils soient régis par le Droit écrit. Cette Declaration est citée par l'Auteur du Jour. des Aud. au lieu cideffus marqué.

Le pupille & le mineur ne peuvent aussi aliéner leurs immeubles, quoiqu'ils en soient les propriétaires: & l'aliénation en est nulle, non seulement quand elle est faite sans l'autorité de leurs tuteurs & curateurs, à cause de cette maxime si constante du Droit, que les pupilles ne peuvent valablement contracter aucune obligation sans l'assistance de ces personnes; mais aussi parce que l'aliénation leur est nommément défendue, sans la permission expresse du Juge, suivant la disposition du titre du dig. *de rebus eor. qui sub tut. vel cur. sunt, sine d.cret. non alien. vel supponendis.*

Ce qui est si véritable que les Docteurs inferent de-là que le pupille ne peut pas valablement prêter son argent, parce qu'il ne peut point transférer la propriété de ses deniers à celui qui les emprunte, & qu'il n'a pas l'action du prêt pour les repeter s'ils sont en nature, mais qu'il est obligé de les revendiquer, parce qu'il en est demeuré toujours le maître, & que s'ils ont été consommés par le débiteur qui les avoit pris de mauvaise foi, il peut demander qu'il soit tenu de les représenter, & qu'il soit condamné aux dommages & intérêts: mais en Fran-

ce l'on ne s'arrête pas à toutes ces subtilitez, & les pupilles peuvent agir en vertu du contract de prest sans distinction, & on ne leur accorderoit pas volontiers l'action en representation, ni la condamnation aux dommages & interêts.

Quand les mineurs ont payé pour s'acquitter de quelque dette, nous tenons que le payement est valable, parce que suivant le commun proverbe, *qui s'acquitte s'enrichit*; & on a fort justement rejeté la décision du dernier §. de ce titre, qui déclare que les deniers payez par le pupille sans l'intervention du tuteur, ne sont pas acquis à son creancier, sous prétexte que toute sorte d'aliénation lui est défenduë sans cette intervention; en effet cela empêcheroit la liberation des pupilles, qui ne pourroit avoir lieu si leur payement n'étoit pas valable. Il n'en est pas de même du payement qui leur est fait de ce qui leur est dû: car il est constant qu'il n'est pas valable, & qu'il n'acquiert pas la liberation à leurs débiteurs, si les deniers ne sont pas employez pour eux utilement, parce que la cancellation ou l'extinction d'une obligation est une aliénation, comme a fort bien remarqué Theophile, qui ne peut

DU DROIT FRANÇOIS. 331  
être faite par le pupille, ni même par les mineurs sans l'intervention de leurs tuteurs & curateurs; il faut néanmoins avouer que ces payemens leur peuvent être faits sans cette intervention, lorsque le Juge l'ordonne ainsi, *leg. ait prator, ff. de minoribus*, pourvû que le débiteur ait allegué la minorité, car alors on ne peut rien lui imputer, *si allegans minorem esse, compulsus sit ad solutionem, nihil ei imputandum*; c'est la disposition de cette loi qui vient d'être citée. Au surplus, hors de ces circonstances singulieres qui ne forment que des exceptions, la regle est qu'on ne peut payer valablement qu'au tuteur & curateur, *leg. Lucius, §. tutoribus, ff. de administrat. & peric. tut. & curat.* Il faut cependant remarquer que le mineur émancipé peut recevoir par lui-même ses revenus sans l'assistance du curateur; mais pour les sommes ou dettes capitales il est nécessaire qu'il soit assisté de curateur, & le débiteur doit demander qu'il en soit créé un, sinon qu'il lui soit permis de consigner pour être dès-lors déchargé des interêts, ce qui ne peut lui être refusé, afin que le mineur puisse ensuite retirer la somme avec l'assistance de son

curateur ; cette formalité est d'un usage universel , & attestée par nos Auteurs , entr'autres par M. Mainard liv. 3. chapitre 53.

Comme il n'est point permis quelquefois à ceux qui sont propriétaires de vendre ou aliéner leur bien propre ; aussi ceux qui ne le sont pas en ont quelquefois la faculté ; c'est de quoi on voit un exemple en la personne du créancier auquel on a baillé un gage , & permis par le contract d'engagement de le vendre , lorsqu'il voudroit être payé du prix , car en ce cas la vente du gage peut être faite par le créancier , parce que , comme dit Justinien dans le §. *contra autem* , de ce titre , c'est le débiteur même qui est censé vendre par le ministère du créancier , auquel il a donné ce pouvoir : & quoique le contract d'engagement ne contienne pas cette permission , le créancier peut néanmoins faire procéder à la vente , pourvu qu'il n'y ait pas une convention contraire ; nonobstant laquelle cependant il peut être procédé à la vente du gage , après que le débiteur a souffert trois sommations de le retirer , en remboursant le prix de l'engagement , comme l'enseigne Ulpien dans la loi 4.

DU DROIT FRANÇOIS. 333  
ff. de pignoratitia actione, où il est remarquable qu'il use de ces termes, *hoc jure utimur*, qui marquent que c'est une chose introduite par l'usage, lequel avoit même établi que s'il ne se trouvoit pas d'acheteurs du gage, & qu'il fût en quelque maniere inutile, le creancier ne pouvoit point à la verité s'en faire adjuger la propriété que par un rescrit du Prince, qui néanmoins l'accordoit ordinairement, ce qui fit que Justinien convertit cela en Droit commun & ordinaire par la loi dernière du code de *jure domini impetrando*, par laquelle il permit à l'engagiste de faire adjuger par le Juge ordinaire la propriété du gage deux ans après la sommation faite au débiteur de payer, & néanmoins il donna encore aux débiteurs la faculté de recouvrer le gage un an après l'adjudication; mais comme ont très-bien remarqué Claude Ferriere & François Helo iur ce §, l'usage de France a cela de différent de celui du Droit Romain, que le gage ne peut jamais être vendu que par l'autorité du Juge, encore même que la faculté en soit donnée par le contract d'engagement: il faut pour cette vente observer les formalitez qui sont pres-

crites à l'égard des effets mobiliers, commencer à faire ordonner la vente du gage par le Juge ordinaire des lieux, & y observer les délais que l'usage & l'Ordonnance ont marqué pour la forme des ventes judiciaires, & la faculté de rabattre les Decrets qu'on a poursuivis, qui est en usage dans le ressort du Parlement de Toulouse, & a son fondement sur la loi dernière, *de jure domini impetrando*, ci-dessus citée.

---

## CHAPITRE IX.

*Par le moyen de quelles personnes on peut acquérir.*

C'Est sans doute avec raison qu'il va être traité dans ce chapitre des personnes par le ministère & le moyen desquelles nous pouvons acquérir les choses ou en propriété ou en usufruit, ou leur possession & autres droits sur les choses car après avoir fait au titre précédent le détail de tous les moyens qui sont justes & legitimes par le Droit des gens & le Droit civil, pour parvenir à l'acquisition; il est nécessaire de sçavoir si nous pouvons à cet effet nous servir

& user du miniftre d'autrui ; il n'est pas inutile pour cela de rappeler d'abord la jurisprudence du Droit Romain , qui est presque entierement observée dans les provinces du Droit écrit.

Or par cette jurisprudence les peres acqueroyent par leurs enfans qu'ils avoient sous leur puissance , & les maîtres par leurs esclaves dont ils avoient la propriété , par cette raison que le pere & l'enfant étoient confiderez comme une & même personne ; & que celle de l'enfant & de l'esclave étoit confondue dans celle du pere & du maître ; c'est-pourquoi tout ce qui étoit acquis par les enfans & les esclaves tournoit au profit de leur pere & de leur maître ; de sorte que c'étoit une regle constante que *quidquid filius aut servus acquirebat , patri ac domino acquirebat* , comme on voit dans les Instituts de Justinien dans ce titre , & dans tout le titre *de bonis maternis* , & *de bonis que liberis* , au code.

Mais la rigueur de cet ancien Droit fut premièrement adoucie en faveur des soldats , auxquels il fut permis de disposer par des actes entre-vifs , & même par testament , de ce qu'ils avoient ga-

gné à la guerre, & ensuite on étendit ce privilege en faveur de ceux qui quoiqu'ils ne servent point dans l'exercice des armes, sont néanmoins engagez dans une espece de milice, comme les Officiers de la Cour du Prince, les Magistrats, les Professeurs, les Avocats, auxquels il fut permis d'avoir un pécule appelé *quasi castrense*, qui avoit le même avantage que le pécule *castrense*, comme il paroît par la loi dernière du titre *de inofficioso testamento* au code, & par ce moyen les peres n'acquirent plus par le moyen de leurs enfans ces deux pécules, si ce n'est en cas que les enfans vinssent à mourir sans en avoir disposé; alors le pere les retenoit par l'ancien droit de la puissance paternelle.

Ensuite l'Empereur Constantin, dans la loi première au code *de bonis matris*, restreignit ce droit du pere sur les biens maternels de ses enfans au simple usufruit, & en réserva la propriété aux enfans; ce qui fut aussi ordonné par les Empereurs Theodose & Valentinien, pour les dots & les gains nuptiaux, & enfin par Justinien pour tous les biens qui étoient acquis aux enfans par leurs travaux, leur fortune & leur industrie,

ou par la liberalité de leurs parens ou de leurs amis, comme il paroît par la loi premiere & la loi *cùm oportet*, cod. *de bonis qua liberis*, & par les Instituts dans ce titre : de sorte qu'en general il y avoit trois sortes de pécules ; sçavoir, celui qui étoit appellé *paganum*, qui n'étoit point acquis à la guerre, ni par l'exercice des charges publiques, qui étoient regardées comme une espece de milice ; celui qui étoit appellé *castrense*, qui étoit acquis à la guerre ; celui enfin qui étoit appellé *quasi castrense*, qui étoit acquis par le moyen des charges publiques : & pour spécifier plus particulièrement, on distinguoit quatre pécules en la personne des enfans de famille non émancipez, dont l'un étoit appellé pécule *profectice*, parce qu'il provenoit du fonds que le pere avoit mis entre les mains de ses enfans, ou des épargnes que les enfans avoient faites dans l'administration des biens paternels ; le second & le troisiéme étoient le *castrense* & le *quasi castrense* ; & le quatriéme, les biens *adventifs* : mais cette difference étoit aneantie dès le moment que le fils de famille étoit émancipé, parce que dès lors tous ces biens étoient confondus, & que cette difference n'étoit faite que par

rapport au droit du pere , lequel étoit entièrement détruit par l'émancipation, & l'extinction de la puissance paternelle, comme l'a déclaré Justinien dans cette loi dernière , *cod. de inofficioso testam.* déjà citée : c'est-pourquoi la propriété des biens maternels & adventifs étoit acquise au fils par l'émancipation , à la réserve de l'usufruit qui étoit acquis au pere , en recompense de l'émancipation, de plein droit & sans qu'il l'eût réservée, suivant la disposition du §. *cum autem Constantiniana* de la loi *cum oportet* , déjà citée.

On suit exactement cette disposition du Droit Romain dans les Provinces du Droit écrit , sinon à l'égard de l'usufruit des biens maternels & adventifs , pour le prix du benefice d'émancipation que le pere ne conserve presque jamais , parce qu'on ne manque guères de mettre dans les actes d'émancipation la clause du délaissement pur & simple des biens maternels & adventifs que le pere déclare faire ; & peut-être que si elle étoit omise elle seroit supplée par la force de la loi *quæ sunt moris & consuetudinis in contractibus* , &c. du moins ne voit-on guères pratiquer cette retention d'usufruit.

Il n'en est pas de même dans le pays Coûtumier, où les enfans ne sont point sous une si grande puissance de leurs peres ; ces derniers n'ont aucun droit de propriété ni d'usufruit sur les biens de leurs enfans, mais seulement celui de la garde noble & bourgeoise, qui leur attribue l'usufruit des biens de leurs enfans, pendant leur pupillarité, jusques à un certain âge, sous les charges portées par les Coûtumes.

Ainsi il n'y a point dans ce pays cette difference des biens & des pécules, qui sont seulement distinguez pour regler les successions, & divisez en propres, meubles, acquêts & conquêts.

Mais pour nous renfermer dans ce dont il s'agit ici, il faut remarquer que c'est une maxime constante par le Droit Romain, qu'on ne peut pas acquerir la propriété par l'effet & le ministère des personnes étrangères & libres, & hoc est quod dicitur per extraneam personam nihil acquiri posse, comme dit Justinien au §. *ex his itaque* de ce titre, non plus que les obligations, ni même la possession, si ce n'est par le ministère de nos fondez de procuration, ainsi qu'il est permis par le droit, dont la raison est que

le Procureur agit par notre ordre & pour nous, & que la propriété de la chose est transférée en conformité; au surplus si celui qui aliène n'a point la faculté de transférer la propriété, nous acquérons par notre procureur la faculté de prescrire. Il y a sur ce sujet diverses loix qui semblent contraires, comme la loi *si procurator* 19. & la loix 59. *de acquirendo rerum dominio*, & le §. dernier de la loi *possessor* 49. *de acquirenda vel amittenda possessione*, au dig. qui porte que celui qui a acquis par procureur ne peut agir contre le vendeur, qu'après qu'il a pris une cession des droits de son procureur; mais ce sont des subtilitez qui ne sont point observées en France, où le constituant peut exercer de plein droit toutes les actions qui naissent des contrats passez à son nom par son procureur, en consequence de la procuration, ou après la ratification, comme l'atteste Rebufé au traité des matieres possessoires, en sa preface nombre 201. & M. d'Argentré sur l'art. 219. de la Coutume de Bretagne. Il faut dire la même chose des acquisitions faites par les tuteurs & curateurs pour les pupilles & mineurs, parce que l'équité &

l'utilité publique a fait passer par dessus toutes les subtilitez de l'ancien droit, auxquelles Justinien avoit déjà fait une grande breche par la loi 2. cod. *per quas personas cuique* *acquir.*

Il est inutile de parler de ce qui étoit acquis aux maîtres par leurs esclaves, puisque l'esclavage est aboli en France, comme je l'ai déclaré au titre des servitudes personnelles; & c'est en vain que quelques-uns ont voulu appliquer la disposition du Droit Romain concernant les esclaves, aux Moines & Religieux, pour faire valoir les institutions hereditaires, & les legs faits en leur faveur au profit de leur Monastere; en telle sorte que comme l'esclave acquerait tout cela à son maître, les Moines & les Religieux l'acqueriroient aussi à leur Ordre & à leur Couvent: cette jurisprudence a été à bon droit rejetée, & il a été décidé que les Religieux sont incapables des successions & dispositions testamentaires, aussi-bien que légitimes; qu'elles sont nulles de plein droit, & ne servent de rien à leur Couvent & à leur Ordre, par la force de la Coûtume generale, attestée par M. Dolive liv. premier chapitre 4.

Il doit être observé sur la fin de ce chapitre, qu'il a été traité dans les précédens des moyens d'acquérir les choses particulieres, desquelles Teophile a fait un exact dénombrement, sans y comprendre les legs & fidei-commis particuliers, que Justinien a crû qu'il étoit à propos de renvoyer au traité des matieres testamentaires, afin de n'en pas diviser la suite & l'explication à laquelle il passe en faisant remarquer qu'on peut acquérir tous les biens d'une personne par un seul titre universel, *per universitatem*, dont le principal est la succession hereditaire, car les trois autres moyens dont il parle ne sont point en usage parmi nous: or il y a deux especes de succession hereditaire: la premiere, est celle qui nous est acquise par la force du testament qui nous institue heritiers; & l'autre par la force de la loi, qui en défaut de testament la defere aux plus proches parens du défunt, ce qui est fondé sur les liens du sang & de la parenté, & sur la raison naturelle, qui semblent destiner les biens du pere aux enfans, & à leur défaut aux plus proches; c'est ce qui donne lieu de parler des testamens & des successions *ab intestat*. Il faut

commencer par les testamens, parce que la succession testamentaire, lorsqu'elle est permise, prévaut à celle qui est déferée par la loi; en telle sorte que c'est le véritable cas de la maxime, que la disposition de l'homme fait cesser celle de la loi.

---

## CHAPITRE X.

### *Des Testamens.*

**N**OUS appellons testament la disposition solennelle & faite en la forme prescrite par la loi, de ce qu'on veut être fait après la mort touchant les biens. Les Jurisconsultes en ont rapporté une étimologie, qui n'est pas simplement grammaticale, mais qui en signifie principalement l'effet & l'essence, quand ils disent que le testament est *testatio mentis*, c'est-à-dire un témoignage de notre volonté authentique & solennel. Le testament est après le contract de mariage l'acte le plus important de la société civile; la fortune des familles dépend ordinairement de cette disposition, puisque c'est par son moyen que les biens passent de la main du testateur en celle

de son heritier ; c'est-pourquoi les loix ont ciû que cette declaration de volonté, en laquelle consiste l'essence du testament, merite une précaution toute particuliere, & il faut y observer ponctuellement les formalitez qu'elles ont prescrites ; ainsi toute sorte de declaration de volonté n'est pas testament , mais seulement celle qui se trouve autorisée par toutes les solemnitez marquées : & c'est ce qui distingue les testamens des codiciles , fidei-com-mis , donations à cause de mort , ou autres dernieres dispositions , qui peuvent être faites par des simples lettres, & même par un seul signe de tête , sans aucune solemnité.

Theophile sur le titre des Instituts *de jure natur. gent. & civ.* dit que la faculté de tester est du Droit des gens, & qu'elle descend comme les contrats de la distinction des domaines , & du partage que les hommes en firent entre eux, dès l'instant qu'ils formerent des Etats , & établirent des societez civiles , parce que ce partage ne fut fait que pour attribuer à chaque particulier le droit de disposer à son gré de ce qui lui appartenoit , & c'est ce qui semble encore plus favorable à l'égard des dernieres disposi-

tions , parce que l'humanité nous invite à respecter & à maintenir les volontez de ceux qui ne sont plus en état de les appuyer , & qui en ont confié l'exécution à la protection des loix , & à l'affection de leurs amis. C'est une des grandes consolations de notre mortalité que de s'imaginer qu'on ne mourra pas tout entier , & que notre volonté subsistera lorsque nous ne serons plus. En un mot, il paroît dur qu'on n'ait point dans cet affreux passage de la vie à la mort , l'exercice d'une liberté dont l'usage va finir sans l'esperance d'aucun retour : il faut pourtant convenir qu'il y a des peuples qui n'ont point approuvé ni reçu les testamens , parce qu'ils ont été persuadez que les testateurs sont sujets à tant de surprises, de mauvais artifices , & même de faussetez qui sont pratiquées pour enlever les biens des mourans à leurs héritiers legitimes ; qu'il étoit mieux de laisser le bien des familles à l'ordre des successions legitimes , & de rejeter entierement les testamens : parce que comme dit Aristote , le fondement de la loi ne peut être changé, étant appuyé sur le droit naturel ; au lieu que celui des testamens ne roule que sur la volonté

souvent bizarre & capricieuse du testateur, qui est même fort souvent altérée par des impressions étrangères, & extorquée par de faux prétextes, & par des suggestions; & ce qui est pis, est quelquefois supposée & falsifiée, ce qui ne peut arriver à l'égard des successions légitimes, parce qu'il n'est pas si facile, dit ce même Philosophe, de falsifier une genealogie qu'un écrit.

Il faut néanmoins avouer que l'usage des testamens a prévalu presque dans toutes les nations, non seulement par les raisons déjà citées, mais aussi par des considérations politiques, qui nous ont persuadé qu'il étoit nécessaire de mettre en la main des peres de famille la liberté de disposer de leurs biens, pour exciter leurs enfans, leurs parens & leurs amis, à se bien comporter envers eux & le public, par la crainte de ce jugement domestique, & par l'esperance d'être récompensez. Les Romains, après avoir puisé dans les loix de la Grece, prirent ce parti, & par leurs loix des douze tables, donnerent à leurs citoyens un pouvoir ample & absolu de disposer de tous leurs biens, même avec des termes de pur commandement, & tous semblables à

ceux des législateurs : mais afin d'éviter les inconveniens qui avoient fait rejeter les testamens par quelques-uns , & pour empêcher les surprises & les captations du testateur , & les suppositions des testamens , ils établirent quelques formalitez qu'ils crurent suffisantes pour établir , ainsi que dit Justinien dans ce titre , la vérité des testamens , & ils en ordonnerent si fort l'observation , qu'ils déclarent tous ceux où elles ne seroient pas observées , nuls , quoiqu'elles parussent à quelques-uns trop rigoureuses & trop gênantes , en telle sorte qu'on les appelloit *nimiam & miseram diligentiam* ; on estima qu'elles étoient si nécessaires , qu'on en fit un espece de droit public , auquel il n'étoit pas permis aux particuliers de déroger , comme il est dit dans la loi 3. *qui testament. facere poss.* au dig. & dans la loi 13. du code au même titre qui marque que la faculté de tester a été donnée par la loi des douze tables , sous la condition d'observer ces formalitez qui sont très-subtiles , & ont été inventées avec une profonde méditation , & une très-grande prévoyance , en telle sorte que les testamens sont regardez comme un chef-d'œuvre de la Jurispru-

dence Romaine , dont le modele a été dressé par le concours des regles du droit civil, du Préteur & des constitutions imperiales , qui relâcherent pourtant dans la suite quelque chose de cette rigueur en faveur des enfans & des heritiers legitimes ; après quoi le Droit Canon au chap. *cum esset* , du tit. *de testamentis* , aux decretales , a voulu tout retrancher & reduire toute la solemnité des testamens au seul temoignage de deux ou trois temoins, sur le fondement de cette maxime de l'Evangile *in ore duorum vel trium stet omne verbum* : mais on a reçu ce chapitre hors des terres de la domination du Pape , pour la cause pie, ainsi que la glose même l'a remarqué. En France les testamens ont été reçus avec toutes leurs solemnitez dans le pays du Droit écrit, où l'on observe ponctuellement le Droit Romain ; il n'en est pas de même dans le pays Coûtumier , à cause de la prohibition portée par les Coûtumes de disposer des biens propres ; c'est-à-dire, des immeubles qui sont advenus par succession, lesquels sont deferez aux plus proches du côté & ligne d'où ils sont échus, par la force de la Coûtume generale, *paterna paternis*,

DU DROIT FRANÇOIS. 349  
*materna maternis* ; il est seulement permis de disposer du quint des propres & des meubles, acquêts & conquêts ; on n'y reconnoit point d'institution d'heritier par testament, parce que l'heredité testamentaire opere un transport universel de tous les droits du défunt, ce qui ne peut être fait dans le pays Coûtumier, & seroit contraire à la réserve des quatre quintes des propres, d'où vient que dans ce pays il n'y a à proprement parler que des codiciles, & des legataires universels : néanmoins, comme remarque Charondas dans ses pandectes du Droit François liv. 3. chap. 1. on doit dire que les testamens y sont en usage, non seulement parce que les Coûtumes ont retenu ce nom, & ont fait des titres entiers pour en prescrire les solemnitez, qui ne sont pas moins rigoureuses que celles du Droit écrit, mais encore parce que le legataire universel represente en quelque maniere l'heritier ; il est donc nécessaire d'examiner avec beaucoup de soin les testamens, pour resoudre s'ils sont valables, & sur-tout considerer en premier lieu, si le testateur est du nombre de ceux qui ont la faculté de tester ; en second lieu, si l'heritier ou ceux en

faveur desquels le testateur a disposé ;  
 sont capables de recueillir l'effet de l'in-  
 stitution hereditaire , & les legs qui leur  
 ont été laissez, c'est ce que le Droit Ro-  
 main appelle *testamenti factionem acti-  
 vam & passivam* : car pour suivre l'or-  
 dre du Droit , il faut considerer plutôt  
 les personnes que les choses , après quoi  
 l'on doit regarder si les formalitez pres-  
 crites par les loix ont été observées, tant  
 pour ce qui concerne la forme exterieu-  
 re du testament que la disposition même.

On peut rapporter aux solemnitez ex-  
 terieures les plus essentielles , la convo-  
 cation & l'assemblée de certain nombre  
 de temoins en un même temps & même  
 lieu , en presence les uns des autres &  
 du testateur , la priere qui leur est faite  
 par le testateur de lui porter temoigna-  
 ge de la declaration qu'il leur fait de sa  
 volonté , l'écriture , la confection de  
 tout l'ouvrage sans aucune interruption  
 ni mélange d'aucun acte qui ne soit pas  
 necessaire , & qui soit étranger au testa-  
 ment , & à la souscription & cachet du  
 testateur & des temoins.

Pour ce qui regarde la disposition elle  
 doit être faite en telle sorte que le testa-  
 teur remplisse toutes les obligations tant

D U D R O I T F R A N Ç O I S . 351  
envers les ascendans que descendans ,  
pour l'institution hereditaire , tellement  
qu'il les institue en leur portion legi-  
time , ou que s'il les desherite , ce ne  
soit pas sans une des causes marquées par  
la loi , afin que le testament ne soit pas  
declaré nul & inofficieux.

Sur quoi on doit observer avant toutes  
choses , que quand il s'agit de regler la  
forme des testamens , qui est souvent dif-  
ferente , suivant la diversité des lieux &  
des pays , on doit suivre celle du lieu où  
le testament est fait & non pas de celui  
où le testateur reside , ni où sont situez  
les biens dont le testateur dispose : c'est  
une jurisprudence certaine remarquée  
par M. Dolive liv. 3. chap. 15. Brodeau  
sur M. Louet lettre C. nomb. 42. M.  
Cujas au 14. liv. de ses observations cha-  
pitre 12. & presque par tous les Auteurs  
François, qui la fondent sur la loi *si non  
speciali* , cod. de testamentis , & sur la  
loi *si ut fundus* , dig. de evictionib. qui  
ordonne la même chose à l'égard des  
contracts sur cette raison , que la forme  
est quelque chose de personnel qui regar-  
de l'action du testateur , lequel semble  
se soumettre par le choix qu'il fait du  
lieu à la forme qui y est prescrite : cela

a été reçu même à l'égard des testamens faits en pays étrangers, & qui ne sont pas sous la domination de France; il y en a un Arrêt au premier tome du Journal des Audiences liv. 1. chap. 81. & dans M. Mainard liv. 5. chap. 51. pour un testament fait à Rome par un François.

Il n'y avoit par le Droit Romain que deux sortes de testamens, communs & ordinaires; l'un qui étoit clos, mystique & solennel, écrit sur des tables ou des parchemins par le testateur même, ou par quelque personne de confiance, de son ordre ou à sa priere. Sur le dos de ce testament étoit écrite la déclaration faite par le testateur en présence de sept temoins que c'étoit son testament: à cette déclaration le testateur apposoit sa souscription & son cachet; les temoins en faisoient de même, suivant la forme celebre prescrite par la loi *hac consultissima*, cod. de testamentis. Cette forme avoit été inventée pour obvier aux suppositions.

La seconde espece des testamens étoit faite sans écriture, par la seule déclaration verbale de la volonté en présence des temoins, qu'ils appelloient par cette raison *nuncupatio*, qui attestoient la nomi-

nation verbale de l'heritier & de ceux à qui le testateur vouloit faire quelque liberalité.

Il y avoit encore le testament militaire, dans lequel il n'étoit pas necessaire d'observer aucune formalité, dont les soldats étoient entierement dispensez par le privilege de la milice.

Mais dans la suite du temps les Empereurs ayant trouvé que la rigueur de ces formalitez étoit trop grande au prejudice des enfans, & même des heritiers qui devoient succeder *ab intestat*, ils ordonnerent que les dispositions imparfaites des peres, meres, & ascendans seroient valables & suivies dans le partage de la succession *ab intestat*, de quelque maniere qu'elles eussent été faites & qu'elles fussent justifiées; ce qui fut commencé par Constantin dans la loi 15. *cod. de testamentis*. Les Empereurs Theodose & Valentinien par le §. *ex imperfecto*, de la loi *hac consultissima*, confirmèrent les testamens même imparfaits, qu'ils voulurent être valables au profit des enfans seulement, & non pas pour ce qui pourroit regarder les personnes étrangères, qui demeurèrent nuls de plein droit; ce que Justinien suivit par

les nouvelles, d'où sont tirées les authentiques, *quod sine subscriptione*, & autres. Ils passèrent encore plus avant, puisqu'ils confirmerent en effet le testament imparfait au profit des heritiers *ab intestat* instituez, en ordonnant qu'ils auroient la force de derniere volonté, & celle de revoquer un testament precedent parfait, par lequel des personnes étrangères se trouveroient instituées, ce qu'ils firent sous pretexte de cette subtile difference, que la disposition ne vaudroit pas comme testament, mais simplement comme derniere volonté, pourvû cependant qu'ont eût observé la formalité & la précaution d'appeller cinq temoins; c'est ainsi que cela est porté par le §. *si quis autem*, de cette même loi *hac consultissima*.

Justinien dans la nouvelle 107. d'où a été tirée l'authentique, *quod sine subscriptione*, inventa une autre maniere de testament entre enfans, qui est une espece de testament holographe, c'est-à-dire entierement écrit par le testateur même, sans l'intervention, sceau & souscription d'aucun temoin.

Les testamens solennels, clos & secrets sont en usage en France, & sur-

tout dans les Provinces de Droit écrit, où l'on observe ponctuellement la plus grande partie des solemnitez prescrites par le Droit Romain, & particulièrement par cette loi *hac consultissima*; ce qu'il y a de remarquable est que par la Jurisprudence de tous les Parlemens de France, il paroît qu'on a crû qu'il seroit dangereux d'exposer ceux qui ne sçavent ni lire ni écrire à la mauvaise foi d'un seul écrivain, & qu'il ne seroit pas raisonnable de faire rouler la verité d'un testament qui est un acte si important, sur le temoignage d'une seule personne. On n'a pas suivi à la lettre les termes de la loi *hac consultissima*, qui semblent marquer qu'un testateur qui ne sçait ni lire ni écrire, peut faire un testament clos; mais suivant le sentiment de Godefroy, afin qu'un tel testament clos soit déclaré nul, il est nécessaire que celui qui l'impugne, prouve que le testateur sçavoit lire ou écrire: autre chose est, si le testament se trouve signé par le testateur; car alors son seing seroit presumer qu'il sçavoit lire & écrire, & ce seroit à celui qui le nie de justifier le contraire.

Quant au testament nuncupatif, il y

en a de deux sortes. La premiere, est de ceux qui sont purement nuncupatifs, & faits verbalement, sans aucune écriture; & la seconde est de ceux où l'écriture est employée pour la preuve, & non pas pour la solemnité, par lesquels le testateur declare sa volonté en presence du nombre de temoins requis par le Droit, & la fait rédiger en écrit, y appose son seing, & y fait apposer celui du Notaire & des temoins. On appelle ces derniers des testamens nuncupatifs écrits, ainsi que l'observe Mainard liv. 5. chapitre 2. qui ajoûte au même livre chap. 19. que ces testamens sont comme mixtes, nuncupatifs en partie, & en partie solemnels.

L'usage introduit par le sentiment commun des Interpretes a encore reçu une autre espece de testament, qui est celui fait en faveur des enfans du testateur, lequel est soutenu & déclaré valable, sans qu'il soit revêtu d'aucune solemnité, ainsi qu'il a été remarqué ci-dessus, pourvû qu'il consiste de la volonté du pere, ou par le temoignage de deux temoins dignes de foi, ou par la seule écriture, ce qui est venu au moyen de l'explication qu'il a plû aux Interpretes

du Droit de donner au §. *ex imperfecto* de cette loi *hac consultissima*, portant que le testament même imparfait entre enfans doit être executé: car les Interpretes ont crû qu'il falloit entendre cela de toute sorte d'imperfections, même par rapport à toutes les solemnitez, quoique comme a fort bien observé M. Cujas, le testament imparfait soit celui auquel les temoins n'ont point apposé leur souscription, & que ce soit de cette sorte de testamens qu'il faut entendre ce §. mais quoiqu'il en soit de cette opinion de M. Cujas, c'est aujourd'huy une Jurisprudence établie qu'aux testamens entre enfans on ne regarde que le Droit des gens, & qu'on distingue en cette occasion le défaut de solemnité d'avec celui de volonté. Le premier ne donne aucune atteinte aux dispositions qui concernent les enfans: mais l'autre fait sans doute qu'ils ne sont d'aucune valeur, parce que la volonté est l'ame de toute sorte de dispositions; c'est la doctrine de Ferriere sur la question 538. de Guy Pape, de Duranty dans la question 21. & de Mainard liv. 5. de laquelle on ne doute plus au Palais, & qu'on a même étendu à la cause pie, laquelle on tient commu-

nement avoir le même privilege que les enfans , ainsi que l'assure M. Benoît sur le chap. *Rainutius* , sur le mot *absque liberis* , nomb. 220.

C'est une question communement agitée de sçavoir si les testamens purement nuncupatifs sont reçus en France : tous les Auteurs demeurent unanimement d'accord qu'ils ne le sont point dans le pays Coûtumier, ce qu'ils fondent principalement sur la disposition de l'Ordonnance d'Orleans art. 84. & de Blois art. 165. qui ordonnent aux Notaires de faire signer le testateur & les temoins , tant aux contractés qu'aux testamens , & d'en faire mention dans la minute qu'ils gardent dans leurs registres & dans la grosse , ou expedition qu'ils delivrent aux parties ; & en cas que les parties ne pourront ou ne sçauront signer , faire mention de la requisition qui leur a été faite de signer , & de la reponse dudit testateur & des temoins , qu'ils ne sçavent ou ne peuvent signer , & de la cause pour laquelle ils ne le peuvent point , ce qui semble marquer que l'écriture des Notaires, signature du testateur & des temoins sont necessaires pour disposer par testament , & qu'ainsi il n'y a point de testa-

ment nuncupatif purement verbal. C'est une des raisons de Theveneau, dans son commentaire sur les Ordonnances, titre *des testamens*; on employe aussi l'autorité des Coûtumes, qui ne font mention que des testamens reçus par des Notaires, ou des Curez & Vicaires des Paroisses des testateurs: ce qui exclud le testament nuncupatif purement verbal. Enfin, on se détermine entierement par l'art. 54. de l'Ordonnance de Moulins, qui ayant défendu la preuve par temoins de tous contracts excédans la somme de cent livres ne souffre pas qu'on reçoive celle des testamens non écrits, où il s'agit de tous les biens d'une famille.

Cette Jurisprudence n'est pas cependant bien établie dans le ressort du Parlement de Toulouse, où l'on a crû que l'Ordonnance de Moulins ne devoit pas avoir lieu à l'égard des testamens, parce qu'elle ne parle que des contracts, & que la faveur des dernieres volontez est si grande, suivant les maximes du Droit Romain, qu'on embrasse tous les moyens de les faire subsister, & sur-tout les fidei-commis, comme l'atteste M. Doli-ve liv. 5. chap. 22.

Mais il me semble qu'après l'article

2. du titre *des faits qui gissent en preuve*, de l'Ordonnance de 1667. il ne peut plus être soutenu, qu'on puisse admettre la preuve vocale des testamens nuncupatifs, parce que cet article porte nommément, qu'il sera passé acte de toutes choses qui excèdent cent livres : or le terme d'acte comprend, non seulement les contracts, mais aussi les testamens, & cela est prouvé clairement par l'article cité de l'Ordonnance de Blois, qui parle en ces termes, *tous contracts & actes, soit testamens ou autres*. L'on voit que le testament est appelé acte ; de sorte que l'article 2. de la nouvelle Ordonnance ordonnant qu'il sera passé acte de toutes choses, l'ordonne par conséquent à l'égard des testamens ; & la preuve par temoins doit être rejetée, d'autant plus que l'Ordonnance, après avoir rejeté généralement la preuve par temoins, marque les exceptions qu'elle veut souffrir, entre lesquelles elle ne fait aucune mention des testamens nuncupatifs, qui par cette raison demeurent dans les termes de la regle generale ; & c'est de quoi il semble qu'on ne peut point douter, si on considère que cet art. 2. a été formé sur l'esprit des  
 Coûtumes

Coûtumes & des anciennes Ordonnances, qui ont rejetté entierement cette preuve & que d'ailleurs il est tres-absurde de la recevoir; car comment peut-on concevoir que ce soit une precaution juste & necessaire, de ne point confier à la foy de quelque témoin la verité d'une convention où il ne s'agit que de cent une livres à cause de la facilité qu'il y a de corrompre les témoins & que neanmoins on admette à cette preuve pour validité d'un testament, ou d'une dernière disposition où il s'agira d'un ample patrimoine & de sommes tres-considerables. Ces raisons paroissent si solides qu'elles doivent persuader qu'il faut suivre cette opinion, & qu'on ne doit pas s'arrêter à l'allegation de quelques Arrêts contraires du Parlement de Toulouse, qui sont mal citez, ou donnez en quelque circonstance particuliere, & ne peuvent pas être tirez à consequence.

Les testamens olographes sont valables dans le Pays Coutûmier, pourvû qu'ils soient écrits & signez de la main des testateurs, par ce qu'on a cru que l'écriture & le seing du testateur valoit autant que toute sorte de solemnité

tez, dont le défaut ne devoit point rendre inutile une volonté constante & qui ne peut être suspecte d'aucune supposition ni induction, mais on a été d'un sentiment opposé dans le Pays du Droit écrit, sur-tout dans le ressort du Parlement de Toulouse, où l'on a été jaloux de conserver les solemnitez des testamens prescrites par la prudence & la sagesse des Loix & des Jurisconsultes; on a tenu pour principe que le testament avoit deux parties essentielles, sans lesquelles il ne pouvoit subsister, sçavoir la nuptation, & l'attestation, c'est-à-dire, la déclaration de la volonté par le testateur en la présence, & certifiée par ce témoignage des témoins; que la dernière chose manquant aux testamens olographes, ils ne peuvent être considerez comme testamens, d'autant que les testamens olographes ne sont pas absolument à couvert de la captation & de la surprise, étant-entièrement secrets & clandestins, ce qui n'est pas en ceux qui sont faits en présence des témoins, laquelle purge toute sorte de soupçon, leur témoignage en peut manifester & constater la vérité; ce n'est qu'à l'égard des enfans que les

testamens olographes sont valables, & seulement pour ce qui les concerne ; car toutes les dispositions faites au profit de personnes estrangeres ne sont d'aucun effet.

En matiere de testamens la premiere chose qu'on regarde est la capacité du testateur, & nous suivons ponctuellement cette décision du Droit Romain, que pour pouvoir tester il faut être citoyen, c'est-à-dire, François naturel, ou naturalisé par lettres du Prince : car les testamens faits par les étrangers ne sont d'aucun effet, & sans s'y arrêter, le Roy leur succede par droit d'aubaine en la maniere que j'ay marquée, au titre des aubains, dans le premier livre.

Quant à l'âge, il suffit dans les Provinces du Droit écrit pour les masses d'avoir 14. ans accomplis, & pour les filles 12. ans ; mais par la pluspart des Coûtumes, & notamment par celle de Paris, pour tester des meubles, acquêts & conquêts immeubles, il faut avoir accompli l'âge de 20. ans, & pour tester du quint des propres, il faut avoir accompli l'âge de 25. ans ; cependant si le testateur n'a ni meubles ni acquêts, ni conquêts immeubles, il peut en ces cas tester du quint de ses propres après

20. ans accomplis. Il a été jugé par les derniers Arrêts du Parlement de Paris, qu'il étoit plus à propos de suivre la disposition de cette Coûtume dans le territoire de celles qui n'en disposent point à ce sujet que celle du Droit Romain.

Suivant les Loix du Royaume, les Moines & les Religieux ne peuvent point tester non seulement parce qu'ils sont morts civilement, mais encore parce qu'ils n'ont rien en propre, & que leur pecule appartient à l'Ordre, en telle sorte que le Pape seul ne peut point leur donner cette faculté; & quoyque M. Dolive liv. 1. chap. 15. de ses questions rapporte un Arrêt du Parlement de Toulouse par lequel il fut jugé que le Pape avoit pû accorder à un Religieux la dispense de tester, & que M. Duranty en la question 13. enseigne la même chose; néanmoins il doit être observé que selon les maximes établies par nos Auteurs, cela ne peut être autorisé que pour quelque cause importante & publique: aussi le même M. Duranty ajoute fort à propos, que *in Francia licet ab executione hujusmodi dispensationum, appellare tamquam ab abusu.* Pour assurer ces dis-

penfes & les mettre hors de toute atteinte, il faut obtenir des Lettres Patentes du Roy qui les confirment, & faire enregistrer ces lettres dans les Registres du Parlement du lieu de la residence du dispensé, & de la situation des biens dont il veut disposer; il est pourtant permis, par les Statuts & Usages de l'ordre de Malte aux Chevaliers & Commandeurs de disposer du cinquième de leur pecule.

La puissance paternelle n'étant pas reçue dans le Pays Coûtumier comme dans le Pays de Droit écrit, les fils de famille peuvent tester en la forme marquée par la Coûtume; il n'en est pas de même dans le Pais du Droit écrit, où l'on observe le droit Romain: il y est pourtant permis aux fils de famille de tester en faveur de leurs enfans & descendans, même sans le consentement de leurs peres, & pour cause pie, pour vû que le pere y consente.

La décision du premier cas est prouvée par la doctrine de Ferriere sur la question 21. de M. Duranty, & par Arrest du Parlement de Toulouse, que cet Auteur rapporte; & celle du second par l'autorité du même M.

Duranty au même endroit.

Le nombre des témoins dépend de la Coûtume des lieux; par exemple, celle de Toulouse ne desite que deux ou trois témoins conforme en cela à la disposition du Droit Canonique; celle de Montpellier en exige trois ou quatre; & dans le Pays Coûtumier presque toutes les Coûtumes ne desirent que le témoignage & la souscription de deux Notaires, ou d'un Notaire avec deux témoins: mais la formalité de l'apposition du cachet par le testateur & chacun des témoins, n'est plus en usage dans toute la France, elle a parû superflue, & il semble qu'elle ne seroit d'aucun effet. Ferriere sur ce titre cite plusieurs Arrests qui l'ont ainsi jugé, & plusieurs Auteurs qui l'ont observé. Il enseigne en même temps qu'on observe par tout que le testament soit fait tout d'une suite & sans interruption.

Il est certain que par le Droit Romain le testateur, & les témoins devoient souscrire aux testamens solennels: c'étoit une nécessité établie par les Constitutions des Empereurs; mais en France il suffit par les Ordonnances de Blois & d'Orleans que le No-

taire les ait interpellés de signer, & qu'il fasse mention dans l'Acte de sou-  
scription de cette interpellation & de  
la raison pour laquelle ils ont déclaré  
ne pouvoir signer.

Mais quant aux testamens nuncupa-  
tifs écrits, on n'est pas convenu si le  
défaut de signature du testateur &  
des témoins, de l'interpellation, ré-  
ponse & mention d'icelle dans l'acte  
du testament, en doit operer la nullité.  
M. Dolive au 5. liv. de ses questions  
chap. 49. rapporte des Arrests du Par-  
lement de Toulouse qui ont décidé que  
le testament nuncupatif écrit est vala-  
ble, quoyque le testateur & les té-  
moins ne l'ayent pas signé ni été in-  
terpellés de le faire, & il prétend qu'on  
n'observe pas en cela les Ordonnances  
d'Orleans & de Blois : mais cette ques-  
tion pourroit aujourd'huy recevoir beau-  
coup de difficulté, parce qu'on suit pon-  
ctuellement les Ordonnances, lesquelles  
ayant exigé cette signature, interpella-  
tion & mention de la réponse pour la  
validité, même de toute sorte d'Actes,  
il ne paroît pas qu'il y ait aucune rai-  
son pour se relacher de cette précaution  
à l'égard des testamens; c'est pour-

quoy la Coûtume de Paris & toutes les autres veulent que le testament soit reçu par un Notaire ou par le Curé ou son Vicaire General, qui sont chargez nommément d'observer les Ordonnances, sans quoy il seroit sans doute nul; ce qui ne seroit pas peut-être reçu sans difficulté, dans le Pays du Droit écrit, où les Testaments avec l'Acte de sousscription sont signez seulement par le testateur, & les témoins; un testament nuncupatif écrit, fait en la même forme seroit peut-être confirmé, parce que par le Droit Romain l'intervention d'un Notaire ou du Curé n'est pas requise.

On a encore fort disputé si ce défaut de date fait une nullité qui rende le testament nul & sans effet. M. Cujas sur la Loy *qui testamento*, au dig. *qui testamenta facere possunt*, estime que ce défaut n'empêche pas que le testament ne soit valable, en quoy il a été suivi par Ferriere sur la question 582. de Guy Pape, où il tient encore que les contrats sont valables sans date à l'égard de ceux qui les ont passez; mais on ne convient point que cette opinion soit véritable, tant parce que ces

Auteur ne l'appuye par aucun Texte de Droit, qu'à cause qu'il avouë luy-même que c'étoit l'usage ordinaire d'apposer la date aux Testamens, suivant la Loy 2. au dig. *quemadmodum testamenta aperiantur*, & la Loy 3. du même tit. au cod. D'ailleurs le Testament qui n'a point de date ne peut être ny le premier ny le dernier, & ainsi n'est compté pour rien, en concurrence d'autres testamens; enfin cela semble clairement décidé par l'art. 167. de l'Ordonnance de Blois, laquelle desirant pour la validité de toute sorte d'actes, & nommement des testamens, qu'il y soit fait mention de l'heure d'avant où apres-midy, à laquelle ils ont été passez, suppose necessairement, qu'on doit y marquer le jour & l'année, non seulement parce que la date du jour & de l'année est plus importante, mais aussi parce que l'heure ne peut être bien designée que par rapport au jour & à l'année.

Il ne faut pas oublier de remarquer que dans le Pays Coûtumier, on observe des formalitez particulieres, par le défaut desquelles les testamens sont déclarez nuls. Elles sont mentionnées dans l'art. 289. de la Coûtume de Paris, laquelle déclare que le testament pour être réputé solemnel, doit

être écrit & signé du testateur, ou passé par devant deux Notaires ou un Notaire & deux témoins, ou le Curé ou Vicaire General de la Paroisse du testateur & deux témoins; que les témoins soient idoines, suffisans, mâles, âgez de vingt ans accomplis, & non legataires, & qu'il ait été dicté & nommé par le testateur, & de plus à luy lû & relû en presence du Notaire, Curé, Vicaire General & témoins, & qu'il soit fait mention au testament qu'il a été ainsi dicté & nommé sans suggestion, & lû & relû; & qu'enfin il soit signé par le testateur, & par les témoins, ou que mention soit faite de la cause pour laquelle ils n'ont pû signer.

On peut ce semble recueillir de cet Article, que cette Coûtume ne reconnoît que les testamens olographes & par écrit; que les olographes doivent être entièrement écrits de la main du testateur, & par luy signez; & que les autres doivent être retenus par les Notaires, Curez ou Vicaires, & que par consequent les Curez & Vicaires sont autorisez par cette Coûtume pour recevoir les testamens, ce qui fait que leur écriture est publique, & rend les testamens solennels en

la même maniere que l'écriture des Notaires, ce qui se trouve confirmé par l'article 27. de l'Ordonnance d'Orleans & par le 63. de l'Ordonnance de Blois. La même chose est portée par la Coûtume de Toulouse au titre *des Testamens*; & c'est ainsi que Ferriere sur la question 543. de Guy Pape atteste que cela doit être observé; néanmoins l'usage ordinaire du Parlement de Toulouse est de faire remettre le testament retenu par le Curé ou Vicaire entre les mains d'un Notaire Royal, & d'ordonner que tant le Curé que les témoins seront resumez & ouïs sur la verité, & la teneur du testament, ce qui est fait en consequence d'une commission du Juge ordinaire du domicile du testateur au temps de son decès & du lieu où le testament a été fait; c'est ainsi que je l'ay vû juger par divers Arrests du Parlement de Toulouse qui sont fondez sur ce qu'il semble que les Curez ne doivent avoir aucun pouvoir concernant les choses profanes & temporelles; & que comme ils ne sont point versez dans la forme de dresser des Actes si importans, il n'est pas à propos de la leur confier entierement, ce qui pourtant paroît couvert par la precaution des Ordonnances qui enjoignent aux Cu-

rez & Vicaires d'observer ponctuellement les formes prescrites par les Ordonnances & les Coûtumes des lieux. Si un Curé autre que celui du testateur recevoit le testament, il seroit nul suivant les Arrêts que Charondas en rapporte pour le Pays Coûtumier sur l'article de la Coûtume de Paris, qui vient d'être cité, & en ses Pandectes du Droit François, où il marque encore que les legs & dispositions faites au profit des Curés recevans les testamens ne sont pas valables pour leur profit personnel ; mais qu'il n'en n'est pas de même des dispositions qui sont faites au profit de leur paroisse & de leur Eglise.

Les témoins par ce même article de la Coûtume de Paris, doivent avoir vingt ans accomplis, & ne peuvent être légataires, en telle sorte que le testament & les legs sont nuls à leur égard : il est évident que cela est contraire au Droit écrit marqué par Justinien dans ce titre des instituts, suivant lequel les témoins ne sont pas incapables des legs. Il est plus difficile de décider s'il est nécessaire pour la validité des testamens en Pays du Droit écrit, qu'ils soient lûs, & relûs au testateur, & qu'il en soit fait mention, comme il est porté par la Coû-

DU DROIT FRANÇOIS. 373  
tume de Paris. Il semble qu'on trouve dans le Droit des preuves de cete necessité en la Loi premiere, §. *interest*, & en la Loy 15. §. *Quatenus*, au dig. *ad leg. Corneliam de falsis*, où il est rapporté qu'il étoit énoncé ordinairement par le testateur, *se dictasse & recognovisse*; & Ferriere sur la question 538. de Guy Pape, remarque que la lecture du testament au testateur, est *suprema illa contestatio* dont il est parlé dans la Loy, *qui testamento*, §. *vereres* au dig. *Qui testamenta facere possunt*. En telle sorte que si le testateur vient à mourir avant que le testament luy ait été lû & recité & aux témoins par le Notaire, il est nul à l'égard des étrangers, & regardé comme imparfait, §. *ex ea scriptura* §. *cum quis testamentum*, au même tit. & *leg. fideicommissa* §. 1. *de legatis* 3. quoiqu'ils soient valables au profit des enfans du testateur: c'est pourquoy les Notaires ne manquent jamais de dire dans les testamens, aussi-bien que dans toute sorte d'actes qu'ils ont été recitez aux parties, & il semble qu'il est nécessaire qu'on en fasse mention, tant dans les actes desouscription des testamens clos que dans ceux des testamens nuncupatifs écrits lorsque le

testateur & les témoins ne sçavent pas écrire, & qu'ils n'ont pas signé; parce que s'ils ont signé, leur seing prouve qu'ils ont eu une parfaite connoissance de la teneur de l'acte par la lecture qu'ils en ont faite eux-mêmes avant de signer; puisque c'est une regle generale du Droit que le seing est une preuve certaine de la connoissance de la teneur & du consentement à l'acte. *Leg. sicut, §. non videtur, ff. quibus modis pignus vel hypotheca solvitur*, & suivant la Doctrine de M. Benoît sur le chap. *Rainutius. verb. absque Liberis.* nomb. 116. & de M. Mainard liv. 8. chap. 71. de ses questions & de la glose de la pragmatique sanction tit. *de num. & qualis. cardinal. verb. subscriptione.*

Il a été dit cy dessus que les Moines & les Religieux ne peuvent point faire de testamens, mais les Auteurs sont partagez sur la question s'ils peuvent servir de témoins aux testamens; les Arrests du Parlement de Paris ont jugé que non, & que les testamens ne sont pas valables, s'ils ne sont appuyez que sur le témoignage de ces personnes, parce qu'étant tenus pour morts civilement ils n'ont aucune participation du Droit Civil ni aux actions de solemnité civile, telles que le

témoignage en matiere de testament. Ferriere sur ce titre cite divers Arrests du Parlement de Paris prononcez aux Audiances de la Grand'Chambre ; la Jurisprudence du Pays du Droit écrit, comme on voit par la question 517. de Guy Pape & dans Cambolas liv. 5. chap. 37. paroist contraire, mais les Arrests du Parlement de Paris semblent plus conformes à la disposition du Droit François, & à la Coustume generale qui regarde les Religieux comme entierement morts civilement ; c'est pourquoy il y a lieu de croire que la Coustume de Paris desirant que les témoins des testaments soient idoines & suffilans ; elle n'a pas entendu parler des Moines & des Religieux. Elle exclut aussi de cet office les femmes, dont le témoignage n'est jamais reçu, pour la validité des solemnitez des actes, mais seulement lorsqu'il est necessaire, pour la preuve des faits *ex quibus jus oritur*, & de la verité desquels depend le jugement des procès, tant en matiere civile que criminelle ; il n'est pas pourtant rejezté pour les testamens faits en temps de peste, comme le témoigne Ferriere, sur la question 538. de Guy Pape cy dessus rapportée.

Pour la derniere espece des testamens,

qui est le militaire, ce n'est pas une petite question parmi les Docteurs François de sçavoir s'ils sont reçûs en France avec tous leurs privileges, qui étoient si extraordinaires que plusieurs ont crû qu'on ne devoit pas les recevoir, sur tout pour ce qui regarde les enfans, qu'il étoit permis aux Soldats d'exhereder sans cause, & même par simple preterition, sans qu'ils eussent la liberté de débattre les Testamens par nullité & par inofficiosité, & que c'étoit un faux avantage de la Milice Romaine, de luy permettre de s'affranchir des devoirs du sang, & de l'humanité; les interpretes ont été communement de sentiment, que le privilege des Soldats étoit abrogé par les chapitres 3. & 4. de la nouvelle 115. Le chapitre 3. porte que generalement & sans exception des Soldats, les peres sont obligez de laisser du moins la legitime à leurs enfans à titre d'institution hereditaire, sans quoy le testament est déclaré nul comme inofficieux, & le chapitre 4. ordonne aux enfans de famille qui ont un pecule castrense dont par le Droit ancien ils pouvoient disposer, sans que leur disposition fût sujette à la querelle d'inofficiosité, de laisser la legitime à leurs enfans, & en

défaut d'enfans, aux ascendans ; plusieurs autres au contraire ont estimé que les testamens militaires devoient conserver tous leurs privileges chez les François, lesquels n'étant pas moins belliqueux que les Romains ne doivent pas refuser aux Soldats une faveur du droit qu'ils ont meritée par leur valeur, l'effusion de leur sang & le peril de leur vie ; d'ailleurs que leur profession & leur occupation guerriere ne leur permet point de sçavoir ni de s'instruire des formalitez & conditions prescrites au sujet des testamens. On voit que la plûpart des Auteurs du Pays du Droit écrit ont été de cet avis selon le témoignage de Mainard liv. 5. chap. 58. & de du Perier liv. 1. chap. 14. Plusieurs Auteurs, même du Pays Coutumier, l'ont suivi, ainsi que remarque M. Louët lettre T. nomb. 8. Cette diversité de sentimens a fait que d'autres ont pris une opinion mitoyene & tenu que le privilege des testamens militaires subsiste pour ce qui concerne la formalité extrinseque de la disposition consistant en la convocation, assistance & nombre des témoins, & non pas pour ce qui concerne le droit, & la nature de la disposition en elle même, c'est ainsi que Du Moulin l'a enseigné sur le

conceil 558. de Dece; Fernand *cap. 4. prel.* est du même avis & assure que la plainte d'inofficiosité a lieu contre les testamens militaires, suivant l'opinion de la glose sur la loy dernière *de inoffic. testamento* au code, & sans doute que cette opinion doit être suivie, & que c'est ainsi qu'il faut expliquer le sentiment des Docteurs du Droit écrit, qui est suivi presque par tout, si ce n'est pour ce qui concerne la preuve par témoins des testamens nuncupatifs militaires, qui n'est pas admise dans le Pays Coûtumier ny aussi celle de l'écriture dans la poussiere, sur le bouclier ou sur l'épée, comme le Droit Romain l'a marqué, parce que le testament est une chose trop importante, & trop serieuse, pour en établir l'existence & la verité d'une maniere si legere. On demande necessairement l'écriture, & le seing; cependant pour ce qui regarde & concerne l'équipage militaire, les Soldats en disposent valablement par la délivrance actuelle ou declaration de leur volonté en présence de leurs camarades ou de ceux qui sont présens à leur mort, après laquelle leur volonté est executée incontinent & par forme de dépouille militaire; il y a lieu de douter si dans le

Pays de Droit écrit cette preuve du testament nuncupatif militaire seroit reçûe, c'est de quoy on ne voit presque point d'exemple : je croi qu'il seroit dangereux de faire dépendre la succession d'un General d'Armée, d'un riche Officier ou Soldat, de la déposition de deux ou trois Soldats, maraudeurs, ou goujats d'Armée ; & l'on peut employer en ce cas ce qui est rapporté par Justinien dans ce titre du Releu de l'Empereur Trajan, où il est dit que les Soldats ont plus d'intérest que tous autres, qu'on en use ainsi, afin que leur véritable intention ne soit point renversée par la facilité qu'on peut avoir de trouver des témoins qui portent témoignage comme d'une véritable & sérieuse disposition de ce que les Soldats ne disent souvent que par maniere de divertissement & d'entrierien.

Dans la Milice sont à proprement parler ceux qui se sont enrollez pour aller servir le Roy à la Guerre & dans les Armées, ou qui sont pourvûs par le Roy de quelque charge militaire ; chez les Romains ils étoient écrits dans un Registre public, ce que la Loy *Ex eo*, ff. de test. milit. appelle *in numeros referri*, & la Loy *Scriuarios*, cod. eodem, *in matricula mi-*

*litum inferi*; on leur imprimoit même aux mains quelque marque, afin qu'ils pussent être reconnus en cas de défection, comme il est porté par la Loy *stigmata*, cod. *de fabricensibus*, après quoy ils prêtoient le serment entre les mains des Tribuns, ou des Chefs des Legions, ainsi que l'a remarqué Lipsé au dialogue de la Milice Romaine; & c'est sans doute ce qui a fait faire cette belle remarque à Senèque en son épître quatre-vingt-quinze, que *Primum militia vinculum est Religio*; en France les Soldats sont enrollez sur leur simple seing ou engagement verbal; les Capitaines ou les Officiers par eux commis pour faire des levées les écrivent dans leur catalogue; parmi les anciens Romains, c'estoit les Consuls & autres Magistrats superieurs qui faisoient la levée des Soldats & les distribuoient ensuite aux Tribuns & Legions qui recevoient leur serment; les Tribuns mêmes & les Centurions étoient choisis par les Magistrats; mais sous les Empereurs le choix des Officiers Militaires fut entierement remis à leur volonté. En France le Roy nomme par brevet tous les Officiers de ses troupes.

Quelqu'un pourroit peut-être recueillir

lir de cette description, qui vient d'être  
 faite de ceux qui sont dans la Milice, qu'il  
 y a beaucoup de gens à l'Armée qui ne  
 peuvent pas faire de testament militaire  
 parce qu'ils ne sont pas engagez aux fon-  
 ctions de la Guerre, comme les Vivan-  
 diers, les Medecins, Chirurgiens, Com-  
 missaires des vivres, Valets des Officiers,  
 Prevôts, & autres personnes de cette  
 nature; & c'est ce que cette Loy, *scri-  
 niarios* au code déclare à l'égard des Se-  
 cretaires des principaux Officiers appellez  
*Magistri militum*, mais le Jurisconsulte  
 Ulpien, en la Loy dernière, ff. *de testa-  
 mento milit.* & en la Loy unique, ff. *de  
 bon. possess. & testamento milit.* décide que  
 tous ceux qui sont *in hostico & in pro-  
 cintu* peuvent tester de la même maniere  
 que les Soldats. On peut concilier cette  
 contrariété en disant que la Loy *scrinia-  
 rios* ne donne pas le privilege du testa-  
 ment militaire aux Secretaires des Offi-  
 ciers Généraux, parce qu'ils ne sont desti-  
 nez qu'au service particulier & purement  
 personnel de ces Officiers & non pas à ce-  
 luy de l'Armée; mais cette conciliation  
 n'est pas nécessaire pour le Droit Fran-  
 çois, qui accorde indistinctement, & éga-  
 lement cet avantage à ceux qui ont quel-

que occupation utile à l'Armée & qui sont au camp, & dans l'exercice actuel de leurs emplois: c'est le sentiment de Du Moulin sur le titre du code de *testamento milit.* & Mr. Mainard liv. 5. chap. 17. de ses questions atteste que cela a été jugé ainsi au Parlement de Toulouse.

Le privilege des Soldats est si singulier qu'il n'est pas juste de l'étendre à toute sorte de temps & de lieux, ni que l'effet en soit perpetuel; les soldats ne peuvent en user que lorsqu'ils sont dans les expéditions militaires ou dans le camp, ou en marche pour aller aux ennemis, & les combattre, & non pas quand ils sont dans leur pays ou dans le quartier d'hyver ou de rafraichissement, parce que suivant Du-Moulin, une des principales raisons de ce privilege est que les Soldats ne peuvent pas avoir en ces occasions le temps ni la commodité de s'instruire de tout ce qu'il faut pour faire un testament en bonne forme: ce qui leur est facile, lorsqu'ils sont en quartier d'hyver, ou de rafraichissement.

Ce qui a fait douter si les habitans d'une ville assiegée, & les Soldats qui y sont en garnison pour la défendre peuvent jouir de ces privileges, comme aussi ceux qui

combattent dans leur propre Patrie contre les sujets revoltez. Mainard au lieu déjà cité, dit qu'il a été jugé que les habitans des villes assiegées n'ont pas cet avantage, ce qui paroît dur à la verité, mais qu'il faut obeir à la loy, puiqu'elle est écrite; il estime pourtant qu'il n'en est pas de même à l'égard des Soldats qui sont en garnison & défendent une ville, ni de ceux qui font la guerre dans leur pays, qu'ils sont en quelque maniere en pays ennemi, qu'il faut combattre & courir les mêmes dangers ausquels on est exposé dans les guerres étrangères. Cet Autheur ne parle pas de la restriction que fait Ulpian à l'égard de ceux qui ne sont pas soldats, dont il dit que le Testament ne vaut que lorsqu'ils meurent au camp, ce qui pourroit faire croire que cette restriction ne seroit pas observée.

Au surplus le testament militaire ne subsiste que pendant que le testateur est dans le service; car après qu'il l'a quitté le Testament militaire tombe de lui-même, en quoi il est bien different des testaments faits suivant le Droit commun, qui ne sont jamais revoquez que par les moyens marquez par le Droit.

Il est vrai que ceux qui ont quitté le

service peuvent tester de leur pecule castrense, mais ils doivent le faire suivant la loy, semblables en cela aux fils de famille qui ont la même faculté à l'égard du pecule quasi castrense.

---

## CHAPITRE XI.

### *Des Codicilles.*

**I**L n'est pas hors de propos de passer au titre des Codicilles, & de le faire suivre immédiatement celuy des testamens, parce que les Codicilles sont les supplemens des testamens, & sont régardés comme en faisant partie, lorsqu'il y en a. *L. 16. ab intestato, ff. de jure Codicill.* D'où vient que quand le testament est annulé, les Codicilles le sont aussi; & quand il n'y a point de testament, les Codicilles tiennent sa place, & *vicem testamenti exhibent*, comme dit cette même Loy. Le Codicille est une volonté moins solennelle; s'il est nécessaire qu'il soit attesté par cinq témoins c'est seulement pour la preuve & non pas pour la solennité: on en voit l'origine dans le titre des instituts de Justinien *de Codicillis*, & que le premier qui en fit, fut un certain *Leptulus*.

tulus : quoyqu'il semblât que c'étoit en effet ruiner l'usage des testamens , & en relâcher entierement la solemnité, le Jurisconsulte Trebatius conseilla à Auguste d'autoriser cette maniere de tester , *quod diceret utilissimum* ; l'utilité consistoit en ce que par le moyen des codicilles , on remedioit aux difficultez où se trouvoient souvent les testateurs de faire des legs & autres liberalitez , qui ne sont pas contenues dans leurs testamens : car avant l'usage des codicilles , il falloit qu'ils fissent un autre testament ; & lorsqu'ils n'en faisoient pas , ils n'avoient point d'autre moyen pour faire accomplir leurs nouvelles volonte. Or il leur étoit souvent impossible de faire des testamens , parce qu'ils n'avoient pas toujours sept Citoyens Romains qui pussent leur servir de témoins , sur-tout dans les longs voyages que les Romains avoient accoûtumé d'entreprendre ; c'est pourquoy Lentulus se trouvant en Afrique , eut recours aux codicilles , & en confia l'execution à sa fille , ce qu'elle fit avec la permission de l'Empereur Auguste : mais les dispositions contenues dans le codicille n'eurent pas d'abord la même force que les legs contenus dans le testament , & furent seulement

apellées fideicommissaires. Elles furent pourtant reçues avec tant de faveur, qu'il fut permis de laisser dans les codicilles non seulement les choses particulieres, mais aussi des heredités toutes entieres; & on ne mit aucune autre difference quant à l'effet, entre le codicille & le testament, si non qu'il n'étoit pas permis d'instituer un heritier par les codicilles ni de desheriter ni d'apposer aucune condition à l'institution hereditaire, ni substituer directement; c'est à dire vulgairement, & pupillairement, mais seulement, par fideicommissaires, ce qui fut ainsi ordonné pour ne point confondre entierement les testamens avec les codicilles, & cette difference ne produisit autre effet que de donner à l'heritier testamentaire ou ab intestat, quand il étoit chargé du fideicommissaire universel, le droit de retenir la quarte Trebellianique, si elle n'étoit point prohibée, & la falcidie s'il n'y avoit que des fideicommissaires particuliers; l'on peut dire même que les testamens & les codicilles sont en quelque maniere confondus par la clause codicillaire presque toujours inserée dans les testamens par le stile commun des Notaires, laquelle porte que le testateur veut que sa disposition, en cas qu'elle ne puis-

se point valoir comme testament, vaille comme codicille, donation à cause de mort, & en toute autre meilleure forme qu'elle pourra valoir. On voit que par cette clause les testamens sont convertis en codicilles, & que s'ils n'ont pas leur effet comme testamens, ils l'ont comme codicilles: ce qui fait que les heritiers ab intestat, sont alors censez chargez de restituer l'heredité par fideicommiss aux heritiers instituez qui deviennent par ce moyen heritiers fideicommissaires; mais il faut que cette clause codicillaire soit expressement inserée dans le testament, autrement elle ne seroit point supp'ée ni sous-entenduë *leg. cohæredis, §. illud ff. de vulgari & pupillari substitutione, leg. 8. §. illud, cod. de codicillis*, non pas même en faveur de la cause pie suivant le sentiment de Duranry, question 25. On la peut inserer également dans le testament nuncupatif écrit & clos, & non seulement dans l'écriture du testament intérieure, mais aussi dans l'acte de soucription, suivant la doctrine de Dupetier, liv. I. chap. dernier.

On voit par-à que les codicilles peuvent être faits non seulement par celui qui a fait testament, mais aussi par celui

qui n'en a fait aucun; auquel cas le codicille subsiste par luy-même, comme il a déjà été observé.

Justinien declare au §. dernier de ce titre aux instituts, qu'un testateur peut faire plusieurs codicilles differens qui tous doivent être executez, si ce n'est que le dernier revoque les precedens ou en termes exprès, ou par une disposition contraire, en quoy les codicilles sont bien differens des testamens, dont le dernier prevaut toujours de plein droit aux precedens, suivant le §. *posteriore*, du titre des instituts, *quibus modis testamenta infirmentur*, dans le Pays Coûtumier, les testamens n'étant que des codicilles une même personne peut faire plusieurs testamens; & ils doivent tous être executez s'ils ne sont point contraires en dispositions, ou si le dernier ne revoque pas le précédent.

Reste à remarquer ce que M. Mainard atteste liv. 5. chap. 8. concernant la constitution de Theodose, qui est la dernière du titre *de codicillis* au code, par laquelle il est ordonné que lorsque la clause codicillaire est inserée dans un testament, si l'heritier institué n'est point le descendant du testateur, il doit faire l'option dès l'entrée de la contestation s'il veut

se servir de l'acte comme d'un testament ou comme d'un codicille, & que par l'option de l'un il se prive de la faculté de l'autre. Ce Magistrat assure que cette Constitution est abrogée en France & que l'heritier institué n'est pas obligé de faire cette option, & peut agir en vertu de ces deux droits subsidiairement, c'est à dire, en premier lieu en vertu du testament, & en cas que le testament ne seroit pas valable, le faire valoir comme codicille.

---

## CHAPITRE XII.

### *De l'exheredation des enfans, & de l'institution d'heritier.*

**I**L ne suffit pas, dit Justinien au commencement de ce titre, d'observer pour la confection des testamens les formalitez extrinseques dont il a été parlé cy dessus, il y en a encore de plus essentielles qui regardent la disposition; car en premier lieu il faut pour faire un testament qu'il y ait une institution d'heritier, de laquelle, comme porte le §. 34. du titre *de legatis*, aux instituts, les testamens tirent toute leur force.

Le Droit Civil ayant établi la puissan-

ce paternelle d'une telle maniere que par la force de cette puissance toutes les acquisitions faites par les enfans appartenoient aux peres, il étoit juſte auſſi que les enfans recueillirent par le décès de leurs peres une partie de leurs biens, & que pour cet effet ils fuſſent inſtituez heritiers, comme heritiers naturels, & anticepez par la nature, *leg. in ſuis ff. de liberis & poſthumis*, & cela n'avoit lieu qu'à l'égard des enfans qui étoient ſous la puissance paternelle, l'ômiſſion de les inſtituer rendoit le teſtament nul de plein droit, *leg. inter cetera & ſi filius* 7. du même titre. Cette nullité eſt ſi grande, qu'encore que l'enfant preterit décede avant ſon pere, le teſtament ne laiſſe pas d'être ſans effet, parce qu'il eſt nul dans ſon commencement, & que ce qui eſt nul dans ſon origine ne peut devenir valable, *ex poſt facto*, ſuivant la regle Catonienne. Ainſi cette qualité d'heritiers nez qu'ont les enfans étant ſous la puissance, oblige les peres de les inſtituer ou d'uſer de l'exheredation, qui a cet effet, que, *jus ſui abſcindit*, comme il eſt déclaré par le §. *diſertum* de la loy 9. *de liberis & poſthumis* au dig. & qui a été permise aux peres par l'ancien Droit des douze Tables, parce qu'il paroif-

soit juste, que les peres pussent punir par ce moyen les enfans désobeissans, & dont ils avoient sujet de n'être pas contents; mais afin que cette puissance ne fût pas injuste & sans bornes, il est porté par la Nouvelle 115. que les peres n'en pourroient user que pour certaines causes qui sont marquées au nombre de 14. lesquelles sont recûes parmi nous: l'Edit de 1556. en a même ajouté une quinzième, qui est lorsque les enfans de famille entreprennent de se marier contre le gré, vouloir & consentement & au deçû de leurs peres & meres.

Non seulement il est necessaire d'instituer les enfans qui sont actuellement sous la puissance au temps du testament, & au premier degré, par consequent capables & en droit de succeder dès-lors & par preference, comme étans *sui heredes*; mais on doit prendre la même precaution à l'égard de ceux qui ne sont pas encore nez, & qui ne naissent qu'après la mort du pere, qu'on appelle proprement posthumes, & de ceux qui au temps du testament ne sont pas au premier degré, parce qu'ils sont précédés par leur pere ou ayeul paternel, qui sont à un degré de succession plus proche & plus avancé, mais qui peu-

vent devenir les plus proches par les précédés de ceux qui les precedent. Les enfans nez après le decès du pere ou après le testament pourroient à la verité être passez sous silence au temps du testament; mais leur pere ou ayeul venans à mourir, le testament étoit aneanti: de sorte que pour éviter cet inconvenient on trouva cette precaution d'instituer ces enfans heritiers, ce qui fut introduit par le Droit civil & par la formule composée par le Jurisconsulte Gallus Aquilius, à l'égard des premiers, & par la loy *Velleia* pour ceux qui devenoient du vivant du testateur *sui heredes*, après le testament fait. Mais il y avoit cette difference entre la préterition des enfans nez lors du testament & celle des posthumes, que le testament étoit nul par la premiere dès le moment qu'il avoit été fait, au lieu que par la préterition des posthumes le testament n'étoit pas nul d'abord, mais étoit seulement annullé par leur survenance: si l'enfant venoit à perir *per abortum*, ou de quelque autre maniere avant la mort du testateur, le testament étoit conservé, parce qu'il étoit valable dans son commencement. Anciennement tous les enfans n'avoient pas l'avantage cy-dessus rappor-

DU DROIT FRANÇOIS. 393  
té, on faisoit quelque difference entre  
les garçons & les filles, & les enfans du  
premier & du second degré; mais Ju-  
stinien a rendu la condition des mâles  
& des filles égale, par la loy *Maxi-  
mum vitium*, cod. de liberis & posthumis;  
& ainsi leur preterition faisoit que le testa-  
ment étoit également nul: cependant dans  
le Droit Civil cela n'avoit pas lieu au  
profit des enfans emancipez, parce qu'il  
n'étoit principalement fondé que sur la  
raison civile, & la puissance paternelle;  
mais le Preteur leur accordoit la possession  
des biens *contra tabulas*, parce qu'il avoit  
plus d'égard au Droit naturel, selon lequel  
la condition des enfans est entierement  
égale. Il est vrai que ce remede n'avoit  
pas le même effet que la declaration de nul-  
lité provenant du Droit civil, parce que  
celle-cy rendoit le testament non valable,  
même quant aux legs, fidei-commis & au-  
tres liberalitez y contenües, au lieu que les  
fils émancipez étoient obligez de payer les  
legs laissez à certaines personnes, ainsi  
qu'on voit dans les titres *de bonor. possess.  
contra tabul. & de legat. praestand. contra  
tabul. bonor. possess. pet.*

La mere & les parens du côté mater-  
nel n'étoient pas obligez d'instituer ou

d'exhereder leurs enfans & descendans, parce qu'ils ne les avoient pas sous leur puissance; & la preterition à leur égard tenoit lieu d'exheredation, de même que celle des soldats, & alors les enfans ne pouvoient pas réclamer contre les testamens par la voye de nullité, mais étoient obligez de recourir à celle d'inofficiofité de la même maniere que ceux desheritez par le testament de leur pere qui les avoit sous la puissance.

Dans le Pays du Droit écrit on observe ponctuellement le Droit Romain pour la necessité de l'institution d'heritier, sans laquelle on croit qu'une derniere disposition ne merite pas le titre de testament, & les peres ne peuvent pas se dispenser d'user de cette institution ou exheredation: il n'en est pas de même dans le Pays Coutumier, où selon plusieurs Coutumes l'institution d'heritier est entierement inutile.

Mais la Coutume de Paris, au titre des successions en ligne directe ou collaterale, art. 299 dit que *l'institution d'heritier n'a lieu*, ce qu'elle explique pourtant de cette maniere, *c'est à dire qu'elle n'est requise & necessaire pour la validité d'un testament: mais ne laisse de valoir la dis-*

position jusques à la quantité des biens dont le testateur peut valablement disposer par la Coutume, qui sont suivant l'article 292. tous les biens meubles, acquêts, & conquêts, immeubles, & le cinquième des propres heritages : c'est pourquoy il n'est pas nécessaire que les enfans soient instituez ou exheredez par les testamens, parce qu'ils ont toujourns les quatre quints des propres qui leur sont déferrez par la Coûtume, ce qui leur tient lieu d'institution ; mais ils ne peuvent être exclus de cette succession legale que par l'exheredation lorsqu'il y a cause & sujet. Quand les parens sont gens de fortune & n'ont aucun propre, les enfans ont un droit de legitime sur les meubles, acquets & conquets, qui est suivant l'article 298. de la Coûtume de Paris, la moitié de telle part & portion que chacun enfant eût eu en la succession des pere & mere, ayeul ou ayeul, ou autre ascendant, si lesdits pere & mere ou autres ascendans n'eussent disposé par donations entre vifs, ou derniere volenté, sur le tout deduit les dettes & frais funeraux. Il resulte de ce qui vient d'être expliqué que l'exheredation du Pays Coûtumier est differente de celle du Pays du Droit écrit, quant à la ne-

cessité de l'institution d'heritier, mais qu'elle y a rapport pour l'exclusion de la succession legale & de la legitime.

On peut par cette observation decider une question celebre qui arrive souvent, & consiste à sçavoir si l'exheredation faite par un autre acte que par un testament est valable; par exemple par une déclaration devant Notaire, ou en jugement, car il est certain que par le Droit Romain l'exheredation ne pouvoit être faite que par un testament, *principale testamenti ordinandi jus est de heredibus instituendis vel exheredandis*, dit la loy déjà citée *inter cetera*, en telle sorte que l'exheredation ne peut pas même être faite par codicille, *quia codicillis hereditas neque dari neque adimi potest*, §. 2. *de codicillis*, aux instituts. D'où vient que les Docteurs disent, que l'exheredation est *exclusio ab hereditate testamento facta & ordinata*; ainsi c'est ce qui doit être observé dans le Pays du Droit écrit; mais dans le Pays Coûtumier où il n'y a point d'institution d'heritier, l'exheredation peut être faite par autre acte que par testament. C'est de quoy M<sup>e</sup>. Claude Deferriere rapporte divers Arrests du Parlement de Paris, ce que je crois qu'on doit tenir pour cer-

tain, sur-tout au sujet de l'exheredation, qui par l'Edit du Roy Henry II. de l'an 1556. est permise aux peres & meres dont les enfans sont si hardis que de contracter mariage contre leur gré & consentement avant 25. ans pour les filles & 30. pour les fils, & après cet âge sans avoir requis leur avis & conseil : car il semble que l'exheredation pour cette cause faite par simple acte pardevant Notaire est valable par deux raisons ; la première, que l'Edit permet généralement cette exheredation, & sans contraindre à faire testament ; la seconde, que le même Edit permet l'exheredation en la même maniere que la revocation des donations entre vifs faites en contrat de mariage ou autrement. Or il est incontestable que la revocation de ces donations peut être faite par tout acte authentique & ainsi il faut dire la même chose de l'exheredation qui est toujours jointe par les Ordonnances Royaux avec cette révocation.

On doit décider par la même observation une autre question assez controversée, sçavoir, si l'exheredation est aneantie par la reconciliation survenüe depuis entre les peres & meres & les enfans,

laquelle resulte de certaines circonstances; par exemple, s'ils se sont vus depuis & visitez, s'ils ont mangé ensemble, si le pere à fourni les alimens à son fils, s'il a tenu les enfans sur les fonds de Baptême; cette question semble avoir été jugée diversément par les Arrests qui sont rapportez sur ce titre par Ferriere, qui a traité fort bien & fort amplement cette matiere. On employe la loy 5. *cod. familiae erciscunda*, & la loy 4. *ff. de adimendis vel transferendis legatis*, en faveur de la reconciliation tacite; mais la loy *filio* 23. *ff. de liberis & posthumis*, fournit un argument contre telle reconciliation, & paroît plus conforme aux principes du Droit, sur-tout lorsque les marques de reconciliation ne sont pas prouvées par écrit, parce que c'est exposer la foy des actes & l'ordre des successions à la suspicion de la preuve vocale, contre l'esprit des Ordonnances. Ce qui fait que quelques-uns de nos Auteurs ont tenu qu'il falloit rejeter la preuve de cette reconciliation; cependant il semble qu'il est plus raisonnable de dire que la reconciliation survenue & prouvée, de quelque maniere que ce soit, peut effacer l'exheredation, sur-tout en Pays Coûtumier, de même

en Pays de Droit écrit, lorsque l'exheredation est faite par simple acte pardevant Notaire, laquelle alors n'a pas la même force que celle qui est contenuë dans un testament, & peut être revoquée par une simple volonté contraire : car le testament à cause de la solemnité dont il est revêtu, ne peut être changé que par un autre fait en la même forme.

Il a été dit cy-dessus que l'ômission d'instituer les enfans qui sont sous la puissance du testateur, rend le testament non valable; qu'encore que le fils préterit décède avant le testateur, le testament n'est pas rétabli par sa mort, en quoy il y a différence de l'enfant né après le testament & décedé avant le testateur, car tel prédecès fait revivre le testament, *leg. 12. ff. de injust. rup. irrit. fact. testam.* si ce n'est que le testament qui est nul par la préterition des enfans nez, se trouve fait au profit de ceux qui succederoient ab intestat, si les enfans n'existoient pas. Mais on demande si aujourd'huy la préterition des enfans non émancipez subsiste & si elle donne une si forte atteinte au testament qu'elle le rende entierement non valable, non seulement quant à l'institution, mais aussi pour les legs, fideicommiss & tout

ce qui y est contenu , & si cette préterition est couverte lorsque le testateur laisse quelque chose à ses enfans. Ce qui a fait naître la premiere question est qu'il semble bien vray que la préterition des enfans en puissance rend le testament nul de plein droit pour tout suivant la loy *inter cetera* , déjà citée , & la loy *filio preterito* , ff. *de injusto , rupto & irritio fac. test.* Mais d'autre côté on peut dire que Justinien a premierement abrogé cette Jurisprudence par la loy *omnimodo* , cod. *de inofficioso testamento* , où il ordonne que dans le cas où les enfans peuvent venir contre le testament par inofficiosité ou par quelque autre moyen , le testament est conservé , si le testateur laisse quelque chose à l'enfant non institué à titre de legs ou quelque autre que ce soit , sauf à l'enfant de demander supplément de sa legitime : d'où l'on prétend inferer que cette loy abroge l'ancienne Jurisprudence du dig. concernant la nécessité de l'institution hereditaire.

On dit de plus que la nouvelle 115. au chap. *aliud capitulum* , a établi encore une autre Jurisprudence , parce qu'elle porte generalement que la preterition des enfans , & leur exheredation rendent égale-

ment le testament nul , seulement quant à l'institution, & que tout le reste est valable , ce que l'on prétend devoir être entendu de la preterition de toute sorte d'enfans, ce qui changeroit entierement la Jurisprudence du dig.

M. Cujas sur la loi, *filio præterito*, ff. *de injusto rupto. fac. irr. testam.* & sur cette nouvelle 115. estime que la loi *omnimodo*, & cette nouvelle n'ont rien innové de l'ancienne Jurisprudence à l'égard des enfans qui sont sous la puissance ; & que leur preterition fait que le testament est entierement sans effet, tant pour les institutions hereditaires que pour toutes les autres dispositions ; & que cette loi & cette nouvelle ne doivent être entendues que de la préterition faite par la mere & les ascendans maternels , ou de celle des enfans émancipez , & que ce que cette nouvelle a établi en corrigeant la loi *omnimodo*, est que la préterition des derniers , rend de plein droit le testament non valable pour l'institution hereditaire , mais le fait subsister pour tout le reste , ce qui a établi deux choses nouvelles , & qui ne sont point conformes à l'ancienne Jurisprudence ; la premiere , qu'il est necessaire à la mere , & aux ascendans maternels

d'instituer leurs descendans à peine de nullité ; & la seconde, que cette nullité ne regarde néanmoins que l'institution héritaire.

Bartole & Duaren, & plusieurs autres tiennent au contraire, que la nouvelle doit être entendue de toute sorte de préterition, même des enfans sous puissance, parce qu'elle est générale, & qu'il y a même raison en l'un & en l'autre cas : &

*Id. l'art. 53 de l'ordonnance de 1535. Concernant les testamens.*  
 Ferriere sur la question 426. de Guy Pape est de cette dernière opinion, mais M<sup>e</sup>. Claude Ferriere sur ce titre rapporte des Arrests du Parlement de Paris, entre autres celui rendu au sujet du testament du premier Duc d'Espernon, par lequel le testament fut entièrement déclaré nul par la préterition de M. le Duc de la Valette son fils, qui fut ensuite le second Duc d'Espernon ; & à la vérité il semble que cette opinion est plus conforme au Droit.

Il y a pourtant un cas auquel par le Droit François, les enfans étant en puissance peuvent être impunément passez sous silence, sans que le testament soit nul ; c'est lorsque le pere a doté ses filles en les mariant, & que moyennant la dot constituée & reçüe, elles ont renoncé à

tous les droits paternels & à future succession, parce que cette renonciation, étant valable par le Droit commun de la France, exclut les filles de tout leur droit sur les biens de leurs peres & meres, & par consequent d'empesche ces derniers d'instituer heritieres leurs filles, selon la doctrine du President Faure au titre *de pactis*, liv. 2. tit. 3. definition 8. de Guy Pape en son conseil 98. & de Du Moulin en son conseil 310. ce qui est fondé sur ce que le pere ayant avancé & anticipé la délivrance de la portion hereditaire par la constitution dotale qu'il fait à ses filles lesquelles renoncent moyennant cette dot à la succession paternelle; il est vray de dire qu'il a satisfait à son obligation & qu'on ne peut exiger davantage de luy, ni par consequent l'institution hereditaire, sur-tout au préjudice des autres enfans.

Quant à l'autre partie de ce titre qui concerne les heritiers instituez & le titre des instituts, *de heredibus instituendis*, il y a quelques particularitez introduites par le Droit François, qui sont que les Moines, les Chevaliers de Malte, ne peuvent pas être instituez heritiers par qui que ce soit, & que leur institution en

particulier est de nul effet. Il en est de même à l'égard des tuteurs, curateurs, gardiens, & baillifres, par leurs pupilles & mineurs; des capitaines & maîtres de métier par leurs soldats & leurs apprentifs, des medecins, apoticaire, & chirurgiens, par leurs malades, les solliciteurs, procureurs, & gens d'affaires par leurs clients & parties; les Ordres & Monasteres par leurs novices, les Confesseurs par leurs penitens, même le Monastere dans lequel est le Confesseur. Ce dernier point fut jugé en 1704. par Arrest du grand Conseil au profit de M. Vidal Conseiller au Parlement de Toulouse, contre les Peres de l'Oratoire de cette Ville: un Obit fait au profit de leur Maison par la mere de M. Vidal, qui avoit pour Confesseur un de ces Peres, fut cassé.

Il est dit au commencement de ce titre, aux instituts, que par une constitution de l'Empereur Antonin, la maîtresse d'un esclave qui étoit son adultere ne pouvoit pas l'instituer son heritier: c'est de cette constitution que l'article 182. de l'Ordon. de Blois, a été tiré, par lequel il est porté que les veuves qui se remarient follement à des personnes in-

dignes de leur qualité, & qui pis est, quelquefois à leurs valets, ne pourront faire à ces nouveaux maris aucun don ni avantage, sous quelque prétexte que ce soit, sous couleur de donation, vente, & association à leur communauté, que tels dons & avantages seront nuls, que telles veuves seront en interdiction de leurs biens, qu'elles ne pourront les vendre, aliéner ni passer aucun contrat qui en contienne la diminution; qu'il ne sera pas permis de les acheter, & que s'il se fait aucun contrat contre cette défense, il sera déclaré nul. Au reste il est évident que l'interdiction des biens statuée par l'Ordonnance est principalement en faveur des enfans du premier lit, & qu'elle n'est entière & parfaite en telle sorte que les veuves soient privées de la jouissance des revenus de leurs biens & qu'il leur doive être pourvû d'un curateur pour les administrer; elles sont seulement privées de la faculté de les vendre & diminuer par des contrats de vente ou autres qui tendroient à faire passer le prix en la main de leurs seconds maris.

Il faut remarquer cette maxime célèbre, qui est établie par Justinien au §. 2.

du titre cy-dessus portant que *hereditas non adita vicem persone sustinet, non heredis sed defuncti* : elle est d'usage en France, dans les instances de saisies générales des biens d'un débiteur décédé, dans lesquelles l'hérédité vacante représente le defunt; on a accoûtumé de donner à cette heredité un curateur qui intente toutes les actions, & fait toutes les demandes que le defunt pouvoit faire, & défend aussi en même temps à toutes celles qui peuvent être faites par les creanciers & autres prétendans droit sur les biens : & parce que le curateur agit par la nécessité de la charge, il n'est pas condamné aux dépens en son propre nom, mais seulement en qualité de curateur, pourvû qu'il ne fasse point des demandes ou des contestations sans Conseil & pour se prêter à la chicane d'autrui, par consequent les dépens tombent sur l'hérédité qui représente le debiteur defunt.

Il est certain que les testateurs peuvent instituer tout autant d'heritiers qu'il leur plaît; pour ce qui est de la division de l'hérédité en douze onces, on s'en sert dans le Pays du Droit écrit, mais cette distribution, à ce que plusieurs prétendent, n'est pas en usage dans le Pays Coustumier,

où l'on se sert du nom de portions, on dit par exemple qu'on adjuge, une, deux ou trois portions de l'heredité, les douze faisant le tout, ou tout autre nombre auquel on veut fixer ces portions; & nous n'avons point de terme pour exprimer parfaitement *sextans, quincunx, septunx, bes, dodrans, deunx*; ce qui fait que nous employons les nombres des portions hereditaires auxquelles les termes répondent, par exemple un septième, un huitième, &c.

Il y a encore une autre maxime dans le §. *hereditas* 5, de ce titre, par laquelle il est porté que *idem ex parte testatus & parte intestatus decedere non potest*, le concours de succession testamentaire & legitime paroïssoit si incompatible, que le Jurisconsulte Pomponius en la loi 7. de *reg. jur.* au dig. dit qu'il y a une opposition naturelle entre l'une & l'autre, *earumque verum naturaliter pugna est, testatus & intestatus*, ce qui venoit de ce que les Romains, qui étoient jaloux de leur volonté avoient une prédilection particuliere pour les testamens; cela étoit néanmoins entendu par rapport au temps du testament & de l'ouverture auquel il falloit que si le testament étoit valable, les herie

tiers ab intestat fussent exclus de la succession legitime, ou que s'il étoit nul ils y fussent admis à l'exclusion des heritiers testamentaires; mais lorsque le testament étoit déclaré nul, *ex postfacto*, comme par la plainte de l'inofficiosité, il subsistoit pour les institutions qui n'étoient pas inofficieuses, & celui qui s'étoit plaint succedoit à la portion ab intestat qui luy étoit dûe sur l'heredité contestée. Cette regle reçut atteinte à l'égard des legs qui sont conservez par le titre de *legatis praestandis*, & par l'authentique *ex causa*, cod. *de liberis praeteritis*.

Au surplus c'est sur cette maxime qu'est fondé le droit d'accroissement qui a lieu entre les heritiers lorsqu'il y a quelque portion vacante de l'heredité, soit qu'elle devienne caduque par le prédécès d'un des heritiers instituez, soit qu'elle le devienne par la repudiation, ce qui arrive souvent, & est fort ponctuellement observé dans le Pays du Droit écrit; mais l'usage du droit d'accroissement sur le fondement de la division de l'heredité en douze parties fixée par le Droit Romain, est rare, & on auroit peine à faire juger que lorsqu'un testateur a institué par exemple deux heritiers chacun en trois portions

de son heredité, & un troisiéme sans designer aucune portion, que ce troisiéme dût avoir la moitié de l'heredité, suivant qu'il est marqué par le §. 6. du titre de *heredib. instituend.* aux institutes; *partibus autem, in quorundam personis expressis, si quis alius sine parte nominatus erit, siquidem aliqua pars as si deerit, ex eâ parte hæres fit*; mais on luy adjudgeroit un troisiéme de l'heredité, & il seroit censé institué en une portion pareille que les deux autres; de sorte qu'on luy donneroit le tiers de l'heredité, & non pas la moitié; & la raison de cela est que nous ne recevons pas cette partition egale de l'heredité appellée, *as*, & divisée en douze onces, ny le *dupondium*, qui étoit composé de 24. onces, & qui neanmoins étoit après réduit à un seul *as*, comme il est porté par le §. 8. qui étoit si embarrassé, & si difficile, qu'on a crû qu'il étoit bon de ne point s'en servir, d'autant plus que Justinien déclare que le testateur peut changer cette distribution, ce qui fait voir qu'elle n'est pas nécessaire & qu'ainsi l'usage l'a pû facilement abolir. Au reste cette regle n'est pas reçûe en Pays Coûtumier, soit parce que l'institution hereditaire n'y a pas lieu, & que les heritiers instituez

n'y sont que legataires universels, soit parce que les parens plus proches habiles à succéder sont heritiers de plein droit, ce qui fait qu'on peut admettre les testamens, & le concours de la succession legitime, & par là il faut necessairement qu'une personne puisse deceder, *testatus & intestatus*.

Celuy qui est institué heritier pour une chose particuliere, n'est pas veritablement heritier, comme il est porté en plusieurs loix, entre autres en la loi premiere, §. 2. ff. *de heredibus instituendis*, sur-tout quand il y a d'autres heritiers universellement instituez; car alors ceux qui sont instituez en une chose particuliere, sont regardez comme de simples legataires, & ne sont pas sujets aux dettes passives de l'heredité, suivant la loi *quoties* du code au même titre, à laquelle on se conforme dans le Pays du Droit écrit.

Dans le Pays Coûtumier celuy qui est institué pour une chose particuliere ne prend jamais que cela; & est toujours un veritable legataire, le reste appartient aux heritiers legitimes, parce qu'ils en sont saisis par la force de la regle *Le mort saisit le vif*, qui leur attribue entierement, & de plein droit l'heredité du defunt, en telle

sorte que s'il est permis de leur en ôter quelque chose, ce n'est que par maniere de legs, & jusqu'à concurrence de ce qui est disponible suivant les Coûtumes.

On observe généralement en France ce qui est dit dans le Droit Romain au sujet de conditions impossibles qui se trouvent dans les testamens, que *vitiantur, & non vitiant, & pro non scriptis habentur*, sur cette raison que les testateurs qui déclarent leur volonté, afin qu'elle soit exécutée, ne sont pas présumés la vouloir anéantir par l'apposition d'une condition impossible : il n'en est pas de même dans les contrats, dans lesquels l'intention des parties qui s'engagent respectivement, n'est pas de s'obliger quand elles ne promettent que sous un condition impossible affirmative: *in hoc enim casu talis cogitatio est ut nihil agi existiment apposita conditione quam sciunt esse impossibilem*, selon la loi *non solum 30. de obligation. & action.* au dig. Il en est de même de ce qui est dit au §. penultième des conditions conjonctives & alternatives; sçavoir, que si plusieurs conditions ont été apposées à quelque disposition *conjunctivè*, il faut que toutes les conditions soient accomplies, afin que la disposition ait son effet; & si elles ont été mises *disjunctivè*,

il suffit qu'il ait été satisfait à une des conditions. *Conjonctive*, c'est quand les conditions sont jointes, & liées par la conjonction, *Et*, que les Grammairiens, & après eux les Jurisconsultes, appellent la copulative; *disjonctive*, c'est quand les conjonctions sont séparées & disjointes par la particule, *ou*. L'exemple de la copulative est quand le testateur dit, si l'héritier fait cela & cela; & la disjonctive, s'il fait cela ou cela: ainsi la force de la conjonctive est de faire regarder plusieurs conditions comme une seule, par l'assemblage & la liaison qu'elle en fait, laquelle fait voir que le testateur a voulu que toutes fussent accomplies afin que sa disposition eût son effet, *Leg. si heredi*, ff. de condition. institution. au dig. au lieu que par la disjonctive il paroît qu'il a séparé les conditions, & n'a pas voulu l'accomplissement de toutes, *leg. cum pupillus* 78. de cond. & demonstr. ce qui a été pris des règles de la logique, par lesquelles pour la vérité d'une proposition copulative il est nécessaire, qu'elle se trouve dans les deux parties; & pour la disjonctive il suffit, qu'elle se trouve dans l'une; s'il n'y a ni conjonctive ni disjonctive, la proposition est tenue de l'une ou de l'autre espèce, *ex mente pronunciantis*, *leg.*

*Sapè ita, ff. de verborum signi;* & cette même volonté fait aussi souvent que l'alternative est convertie en copulative, & *vice versa*, ce qui est ordonné par Justinien en la loi *generaliter*; cod. de inst. seu *substit. vel restitutionib. sub conditione factis*, par laquelle il est porté que si le testateur substitue à son heritier, & le charge par une disjonctive de fideicommiss sous ces conditions negatives, si cet heritier meurt sans enfans ou sans faire testament ou sans se marier, cette disjonctive est convertie en conjonctive; en telle sorte qu'il est nécessaire que toutes ces conditions soient accomplies afin que le substitué soit exclus de la substitution: ce qui ne seroit pas ainsi, si les conditions étoient regardées comme disjonctives, parce qu'il suffit qu'une des conditions disjonctives soit arrivée pour faire que la disposition conditionnelle ait son effet.

Les interprètes ont été fort partagez sur l'explication de cette loi; car les anciens suivis par M. Cujas, & par le President Antoine Faute, ont tous estimé que suivant cette loi la disjonctive doit être prise pour conjonctive à l'égard de toutes les conditions, & que le défaut d'une seule exclut le substitué. Mais Fernand, illustre

Professeur de l'Université de Toulouse, & les modernes qui l'ont suivi, ont crû que l'intention du Législateur n'a été de faire cette conversion de l'alternative en conjonctive, que pour la seule clause *si sine liberis*, en telle sorte que si l'heritier laisse des enfans, quoyqu'il n'ait point fait de testament, le substitué seroit exclus; & qu'au contraire il seroit admis à la substitution, encore que l'heritier se fût marié ou qu'il eût fait testament, s'il n'avoit point laissé d'enfans.

Cette diversité d'opinions a donné lieu à une jurisprudence mitoyene du Parlement de Toulouse, qui est rapportée par M. Dolive liv. 5. ch. dernier, qui est que si le substitué est étranger, il faut en ce cas prendre tout-à-fait l'alternative pour conjonctive, & par ce moyen l'exclure, encore que l'heritier n'ait point laissé d'enfans, s'il a fait testament ou s'il s'est marié; & ainsi préférer au substitué étranger & au testateur, l'heritier testamentaire ou legitime de l'heritier chargé de fidei-com-mis. Mais si le substitué est des descendans du testateur, en ce cas l'heritier n'ayant pas laissé d'enfans, il est plus naturel & plus équitable de préférer le substitué à l'heritier de l'heritier, parce qu'il est à pre-

fumer que le testateur n'a point voulu forcer le sens & l'effet ordinaire de l'alternative par la conversion en conjonctive au préjudice de sa posterité, au profit & en faveur des personnes étrangères.

---

### CHAPITRE XIII.

*Des Substitutions vulgaires, pupillaires, compendieuses, & fideicommissaires.*

**L**A matiere de ce chapitre, qui en comprend quatre des Institutes de Justinien, est ample & importante, & d'un si grand usage, qu'on peut dire qu'elle donne lieu aux plus gros procès des grandes & riches familles, & aux consultations les plus difficiles, ce qui a obligé les Docteurs à faire tant de volumes sur ce sujet, où ils ont traité une infinité de questions qui ne peuvent pas être rapportées ny discutées en de simples institutions du Droit François, où il semble qu'il suffit de faire voir ce que ce Droit a de particulier, en supposant les principes du Droit Romain, auxquels le Droit Fran-

gois n'a pas touché : il est pourtant impossible de ne point rapporter les diverses especes de substitutions, & leurs definitions, après avoir remarqué en passant, que les substitutions & fideicommiss furent inventez par les Romains pour empêcher la caducité des testamens, & de leurs dispositions, & par cet esprit d'empire qui étoit si naturel à cette nation, lequel la portoit à vouloir que la volonté des mourans allât à l'infini & s'étendît aux siècles futurs, ce qui fut trouvé conforme à l'affection du sang & de la posterité, qui fait souhaiter à tous les peres la conservation de leurs biens dans la suite de leurs descendans. En France, où l'on regarde les familles illustres & riches comme les principaux appuis de l'Etat, on favorise particulièrement les substitutions à leur égard comme les moyens les plus sûrs de les conserver contre le mauvais ménage, & la dissipation des heritiers.

Toutes les substitutions du Droit écrit étoient testamentaires ou du moins ne pouvoient être faites que par les dernières dispositions, toujours revocables pendant la vie du testateur : mais en France, il est permis d'en faire par contrat de mariage, de même que des institutions here-

ditaires qui sont irrevocables aussi bien que toutes les autres conventions qui y sont contenues : & quoyque le terme de substitution ne convienne à proprement parler qu'aux directes, nous donnons néanmoins ce nom aux fideicommiss, & nous appelons les fideicommissaires heritiers substituez, & c'est principalement sur ces dernières substitutions qu'on voit plus de procès au Palais.

Les substitutions directes sont de secondes institutions, qui ont deux cas, dont les loix appellent le premier, *primum casum*, & celui de la pupillaire, *secundum casum*, comme on voit en la loy *precibus*, cod. de *impuberum & aliis substitutionibus*. La première est la substitution vulgaire, qui est ordonnée par le testateur afin que le substitué recueille l'heredité au cas que l'heritier institué au premier lieu ne veuille ou ne puisse la recueillir, ce qui fait une gradation d'institution, qui peut être portée à l'infini, par laquelle les heritiers y substituez peuvent prendre l'heredité subsidiairement l'un en défaut de l'autre, en suivant l'ordre de leur institution & substitution, lequel rang & ordre qui peut être composé de plusieurs personnes instituées heritiers ou substituéés, a lieu aussi aux

substitutions fideicommissaires. Cette substitution est appelée vulgaire, parce qu'elle peut être faite par & à toute sorte de personnes, ce qui ne peut être pratiqué à l'égard de la pupillaire, qui n'est permise qu'aux peres qui ont leurs enfans sous leur puissance, & au cas seulement qu'ils viennent à déceder en pupillarité, après avoir accepté l'heredité: de sorte qu'on voit par là que l'une est au cas *non adita hereditatis*, & l'autre *in casu adita*, & du decès en la pupillarité.

L'exemplaire a été introduite par Justinien à l'exemple de la pupillaire, & c'est pour cela qu'elle est ainsi appelée. Elle a lieu lorsque les peres & les meres ont des enfans imbecilles & insensez; car il leur est permis de leur substituer, en cas qu'ils décedent dans la demence, dont la cessation fait cesser cette substitution.

Il est parlé de la substitution reciproque dans la loi 4. ff. *de vulgari & pupillari substitutione*, & des substitutions doubles qui sont ou expressees ou tacites. Les expressees sont celles qui sont ordonnées en termes formels, & les tacites celles qui sont sous-entendues, & suppléées: ainsi les substitutions pupillaires renferment les vulgaires, & les vulgaires comprennent

les pupillaires, pourvû que ceux à qui elles sont faites, soient tous également pupilles; mais ce troisieme genre de substitution n'a point d'effet different des deux autres.

La fideicommissaire est admise pour obliger l'heritier institué de restituer l'heredité après son decès, ou plûtôt au temps qui luy a été marqué ou remis à la volonté. On voit l'origine de cette substitution dans le §. I. du titre de *fideicommiss. hereditasib.* aux institutes.

Il y a une cinquieme espece, qu'on appelle compendieuse, laquelle ne contient pas de cas ni d'effet different des autres dont il a été parlé, mais elle a cela, que par un discours abregé & court, & par des termes communs elle comprend toutes les autres. Elle est appellée compendieuse, parce qu'elle a l'effet de chacune des autres substitutions, lorsque leur cas est arrivé; ainsi si l'heritier institué decede avant d'avoir accepté l'heredité, le substitué par la compendieuse recueille la substitution vulgaire, si après la pupillarité, & l'acceptation de l'heredité il recueille la pupillaire, & après la pupillarité finie la fideicommissaire: *sicut enim appellatione hominis, singuli homines conti-*

*ventur; ita & compendiosa appellatione singula substitutiones exprimuntur & denotantur quasi omnes, laconismo quodam & celeriter à testatore factæ,* comme l'a tres-bien expliqué M. Mainard liv. 5. chap. 26. où il marque que cette substitution compendieuse est ordinairement faite sous la condition, *si sine liberis*, ou telles autres qu'il plaît aux testateurs de marquer. On peut dire que dans le Pays Coûtumier les substitutions vulgaires, & pupillaires ne sont pas reçues; parce que comme il n'y a point d'institution d'heritier, on ne peut pas aussi y admettre les substitutions directes, qui sont de secondes institutions: & il y a encore des raisons particulieres à l'égard de la substitution pupillaire, qui sont que la puissance paternelle n'étant point en usage dans le Pays Coûtumier, la faculté de substituer pupillairement ne le peut être aussi, puisque la substitution pupillaire est un effet de cette puissance, & que d'ailleurs c'est un effet de la substitution pupillaire de transporter au substitué non seulement les biens parvenus à l'heritier du chef du testateur, mais aussi ceux qui sont propres à l'heritier, & qui lui sont venus d'ailleurs, ce qui ne peut pas être fait au Pays Coûtumier,

parce que les quatre quintes des propres sont déterez de plein droit par la force de la Coûtume aux plus proches habiles à succeder ; cependant il faut convenir que ces substitutions y ont lieu quant à l'effet pour ce qui concerne les biens du testateur, outre les legataires universels, ainsi qu'il est rapporté par l'article cy-dessus cité de la Coûtume de Paris à l'égard des institutions.

Quant au Pays du Droit écrit, personne ne doute que la substitution pupillaire n'y soit parfaitement en usage, suivant la disposition du Droit Romain ; mais plusieurs ont estimé qu'il n'en est pas de même de la substitution vulgaire, parce que par le Droit commun de France, *le mort saisit le vif*, l'heritier institué se trouvant saisi de l'heredité de plein droit, il ne peut pas arriver qu'il ne soit pas heritier, qui est le cas de la substitution vulgaire, comme il semble que le Droit Romain l'a déclaré à l'égard des heritiers qui sont appellez *sui heredes*, selon que l'enseigne Theophile, sur le titre *de vulgari & pupillari substitutione*. Mais comme M. Cujas a fort bien remarqué sur la loi 33. §. 1. du même titre au dig. la succession naturelle des enfans, a lieu de plein Droit *ab intestat*,

ou en cas de testament, n'empêche pas que la substitution vulgaire n'ait son effet, lors même qu'ils sont instituez heritiers par le testament, parce qu'ils ont la faculté de s'abstenir de l'heredité, en telle sorte qu'ils ne sont tenus à aucune charge hereditaire s'ils ne se sont pas immiscez à l'heredité, d'autant que le cas de la substitution vulgaire, s'il n'est heritier, doit être entendu avec effet, & si l'heritier institué se porte pour heritier. Il en est de même en France à l'égard de la regle *le mort fait le vif*, laquelle n'a son effet, que lorsque l'heritier institué veut accepter l'heredité, ce qui est nommément ordonné par un article de la Coûtume de Paris au titre ci-dessus cité, lequel est reçu dans tout le Pays Coûtumier aussi bien que dans celuy du Droit écrit, & qui dit que *ne se porte heritier qui ne veut*: ainsi si l'heritier institué refuse d'accepter l'heredité, il n'est pas heritier, & donne lieu au cas de la substitution vulgaire, qui est même en quelque maniere pratiquée dans le Pays Coûtumier à l'égard des legataires universels, auxquels le testateur peut substituer en cas qu'ils ne puissent, ou ne veuillent recueillir les legs. Mais si l'heritier institué survit au testateur, encore qu'il n'ait

pas accepté l'heredité & qu'il soit étranger, cette regle, *Le mort saisit le vif*, empêche l'effet de la substitution vulgaire, & l'heredité est transmise à l'heritier de l'institué, lequel neanmoins pour n'être point sujet aux charges, a la faculté de declarer qu'il ne veut point être heritier.

On a même dans le Palais appliqué l'usage de la substitution vulgaire aux substitutions fideicommissaires, & on demande souvent si la substitution a été seulement faite *in casum vulgarem*, en telle sorte que le second substitué ne recueille le fideicommissis qu'aucas que le premier ne l'ait pas fait, ou bien encore au cas qu'il ait recueilli, s'il est chargé de rendre la substitution après son décès au second fideicommissaire, c'est de quoy on peut voir des exemples dans la question 230. de Guy Pape, & dans les notes de Ferriere sur la même question.

On convient, ainsi qu'il a été déjà remarqué, que la substitution vulgaire comprend la pupillaire, & celle-cy la vulgaire suivant la loi *jam hoc jure*, ff. *de vulg. & pup. substitut.* Mais si la pupillaire n'est pas faite en termes exprès, & qu'elle soit seulement sous-entenduë sous la vulgaire, c'est une substitution pupillaire qu'on appelle tacite. Il en est autrement de la

compendieuse, que l'on avouë contenir la pupillaire expresse ; mais on dit en même temps qu'elle ne la contient que *verbis generalibus, & non specialibus*. C'est ce qui est nécessaire de sçavoir pour entendre la decision de cette question si ordinaire, si la mere est privée de son droit de legitime sur les biens de son fils & autres enfans par la substitution pupillaire: car c'est une chose certaine que la substitution pupillaire expresse exclut la mere de la legitime, suivant la loi 8. *Papinianus, §. sed nec impuberis, ff. de inofficioso testamento*. Mais on a été au contraire de cet avis, que la substitution pupillaire comprise sous la vulgaire, parce qu'elle n'est que tacite, n'opere pas cette exclusion de la mere de la legitime, ny même de la succession *ab intestat* de son fils; parce qu'on ne presume pas que le testateur en ait voulu priver la mere, & intervertir l'ordre de cette succession qui luy est due pour la consoler de la perte de son fils, par une substitution tacite, qui n'est pas exprimée en termes formels, comme il est marqué par la loi dernière, *cod. de institutionibus vel substitutionibus*; & c'est ce que M. Cujas sur la loi *precibus, cod. de impuberum & aliis substitutionibus*, assure être confor-

me au Droit Romain & est suivi par la Jurisprudence de tous les Parlemens de France, contre le sentiment d'Antoine Faure dans son code liv. 6. tit. 8. définition premiere, qui a été généralement abandonnée.

On a été plus en doute à l'égard de la substitution compendieuse, parce que, comme il a été montré, elle comprend la pupillaire expresse, que l'on convient exclure la mere de la legitime, & à plus forte raison de la succession; d'où l'on conclut que la compendieuse a le même effet; & ce qui augmente plus la difficulté, c'est que cela se trouve ainsi décidé par le Pape Boniface VIII. en la premiere decretale du titre *de testamentis* au sexte, & c'est de quoy les plus grands Jurisconsultes dont il a été parlé cy-dessus, sont convenus: mais l'usage du Parlement de Toulouse est que cette substitution n'exclut pas la mere de la legitime, mais seulement de la succession, d'autant qu'encore que cette substitution contienne la pupillaire expresse, ce n'est qu'en termes generaux, & non pas speciaux, & qu'on n'a pas crû qu'on dût donner à des termes generaux la même force, & le même effet qu'aux speciaux, de sorte qu'aux termes de

cette Jurisprudence dans son premier progrès la mere n'avoit au cas de la substitution compendieuse, son fils venant à mourir en pupillarité, que la seule legitime; mais dans la suite elle fut traitée si favorablement, que pour lui donner le moyen de profiter de la quarte Trebellianique, on regarda la substitution compendieuse comme simplement fideicommissaire, lorsque la mere survivoit à son fils mourant même en pupillarité, & que le substitué n'est des descendans du testateur; en telle sorte qu'il a passé en maxime triviale que *substitutio compendiosa censetur omni tempore fideicommissoria matre existente in medio, ubi substitutus non est ex liberis*, ce qui est attesté par M. d'Olive liv. 3. ch. 11. de ses questions, & par M. Mainard liv. 5. chap. 27. & autres Collecteurs d'Arrests; de maniere qu'aujourd'huy, outre la legitime, la mere a la quarte Trebellianique, nonobstant la substitution compendieuse, lorsque le substitué est étranger.

Du reste la substitution compendieuse comprend aussi l'exemplaire, parce qu'elle est toute semblable à la pupillaire, & il est même remarqué que la substitution vulgaire, qui comprend deux cas; l'un si

l'heritier ne peut l'être a cause de son predecès au testateur , & l'autre s'il ne le veut point, parce que cela ne luy convient pas , a lieu encore que l'un de ces cas ait été seulement expliqué , par exemple si la substitution étoit concûe en ces termes, *si l'heritier que jay nommé ne peut l'être* : car la substitution vulgaire auroit lieu , & seroit recueillie par le substitué au cas que l'heritier institué ne voulût point l'être ; parce qu'il suffit que la substitution vulgaire soit marquée par un de ces cas pour avoir lieu dans tous les deux, d'autant que c'est de son essence.

Les substitutions fideicommissaires par testament, codicille, ou donations contractuelles, & sur-tout en contrat de mariage, font aujourd'huy la matiere la plus feconde des procès dans les familles : c'est pourquoy il est necessaire d'en observer les maximes generales avec un soin tout particulier ; on les trouve dans les titres du dig. & du cod. *de legat. S. C. Trebelliano, institutionibus vel substitutionibus seu restitutionibus* & autres titres semblables concernant la matiere testamentaire. Nous avons Peregrinus, Fufarius, Menochius, Mantica, & plusieurs autres qui en ont fait de gros traités où l'on peut

apprendre les décisions du Droit Romain pour ce regard, & l'on trouve la Jurisprudence des Parlemens de France dans les Auteurs qui en ont recueilli les Arrests, dont les principaux qui sont le plus en usage au Parlement de Toulouse, sont Guy Pape, & Ferriere en ses notes sur cet Auteur, Fernand, Mainard, Duranty, Cambolas, & d'Olive, à la lecture desquels je renvoie ceux qui voudront être instruits au long de toutes les questions qu'ils traitent sur ce sujet, lesquelles il est impossible de rapporter en des simples institutions du Droit François, ou je croy que je dois me contenter de marquer les singularités établies par les Ordonnances Royaux.

La première regarde le nombre des degrez de substitution. Il a été cy-dessus remarqué que pour les substitutions directes, elles peuvent être portées à l'infini, à quoy le Droit François, & l'usage n'ont fait aucun changement. Le même avoit lieu pour le fideicommiss par le Droit du dig. & du cod. comme l'on voit par la loy *Lucius Titius*, 88. § *instituto*, ff. de *legatis* 2. Mais Justinien par la nouvelle 159. restreignit la faculté de substituer par fideicommiss au 4. degre inclusivement; & les Ordonnances de nos Rois ayant en-

core trouvé ce pouvoir trop étendu, ont crû qu'il étoit bon de le restreindre davantage; & pour cet effet l'Ordonnance d'Orleans art. 59. fait défense à tous Juges d'avoir aucun égard aux substitutions qui se feront à l'avenir par testament, & ordonnance de dernière volonté ou entre vifs, & par contrats de mariage ou autres quelconques, outre & plus avant deux degrez de substitution, après l'institution, & première disposition icelle non comprise, ce qui fut modifié par l'art. 57. de l'Ordonnance de Moulins pour les substitutions faites avant l'Ordonnance d'Orleans, qui sont portées par cet article jusques au 4. degré inclusivement, outre l'institution, ce qui fait une extention de la substitution fideicommissaire à un degré de plus qu'elle n'est par le Droit Romain, qui ne portoit la prohibition d'aliéner que jusques au 4. degré, l'heritier institué compris, comme l'enseigne M. Cujas dans la nouvelle 159.

Le Parlement de Toulouse observe ces Ordonnances pour le chef qui porte que l'institution ne sera pas comprise dans les quatre degrez, mais non pas pour la restriction aux deux; car il a pris généralement l'Ordonnance de Moulins, & jugé

qu'elle devoit avoir lieu aussi bien pour les substitutions posterieures à cette Ordonnance, qu'aux anterieures, & ainsi les substitutions perpetuelles n'y finissent qu'au quatriéme degré, l'heritier institué non compris.

Mais c'est une autre question de sçavoir de quelle maniere doivent être comptez ces degrez, si c'est par têtes, en telle sorte que si par exemple quatre freres de l'heritier institué ou des enfans ont tous recueilli successivement le fideicômis, il prenne fin par ce moyen, & ne passe pas aux substituez du degré suivant; ou bien si c'est par souche, de telle maniere que quatre freres ne fassent & composent qu'un degré, ce qui fait que la substitution passe aux autres souches, & freres du second degré: les Parlemens se sont trouvez partagez sur la forme de ce calcul; car le Parlement de Paris à jugé qu'il falloit compter par têtes, & celuy de Toulouse par souches. L'Ordonnance de 1629. art. 124. porte que les deux degrez de l'Ordonnance de Moulins & d'Orleans, qu'elle veut être observées, seront comptez par têtes.

Mais quand même cette Ordonnance seroit considerée comme les autres, ce qui

n'est pas, il seroit au moins vrai de dire qu'elle n'a point été observée dans le Parlement de Toulouse pour ce regard, non plus que celles d'Orleans & de Moulins, comme l'observe M. d'Olive liv. 5. chap. 10. où il rapporte qu'il fut fait une enquête par turbes de l'Usage & de la Coutume du ressort du Parlement de Toulouse. Il faut pourtant remarquer qu'il y a dans cet article de l'Ordonnance de 1629. une chose singuliere, en ce qu'elle porte nommément que ceux qui ont apprehendé & recueilli la substitution feront un degré, d'où il sensuit *à contrario sensu*, que ceux qui n'ont pas recueilli la substitution ne font point de degré, ce qui est observé au Parlement de Toulouse à l'égard des entiers degrez qui n'ont pas recueilli, d'où l'on voit que ce Parlement a pris des Ordonnances Royaux ce qu'il y a de favorable pour l'extention des fideicommiss; sçavoir que l'institution hereditaire ne soit pas comptée dans le nombre des quatre degrez ni ceux desd. degrez qui n'ont pas recueilli, & on a rejetté la restriction aux deux degrez, & la maniere de les compter par têtes, ce qui semble plus conforme à la raison, & aux principes du Droit Romain, parce que le degré est proprement

non pas une seule generation, mais l'ordre d'une ou plusieurs qui partent d'un même principe; ainsi plusieurs enfans d'un même pere ne font qu'un seul & même degré suivant la loi première, ff. de vulgari & pupillari substit. & la loy 10. §. 17. ff. de gradibus & affinibus, ce qui a fait dire à M. Cujas, que *inter filias & filios non sunt plures gradus, sed sunt constituunturque omnes in uno.* Et c'est ce qu'on observe non seulement pour les fideicommissis qui regardent les descendans, mais aussi pour ceux qui sont faits au profit des collateraux, ce qui semble faire voir que ce que Despeisses assure partie I. des substitutions, lection 6. art. 4. <sup>n. 43.</sup> que quand la substitution est parvenue au quatrième degré, elle prend fin sur la tête du premier substitué qui a recueilli la substitution, n'est pas véritable; & qu'il faut tenir au contraire que tous ceux d'un même degré y sont successivement appelez; aussi cet Auteur n'allegue aucun texte ni autorité pour appuyer une opinion si singuliere qui revient à compter les degrez par tête, & qui fait sans aucune raison une difference si notable entre le dernier degré & le precedent, contre la regle generale du Droit qui étend les substitutions jusqu'au

D. Ricard.  
 Des substitu-  
 tions, par  
 i. n. 842.  
 Bretonier  
 sur Treacis  
 liv. 4. quon-  
 23.

jusqu'au quatrième degré sans distinction, il arrive pourtant qu'une seule personne fait un degré; sçavoir lorsque la substitution ou fideicommiss ne se fait pas immédiatement, & sans l'intervention d'une autre personne, c'est à dire, s'il y a une interruption de degré, & *per medios nepotes*, par exemple si les enfans de l'heritier institué viennent à recueillir la substitution, & qu'après leur décès elle remonte à un frere de cet heritier: car quoyque le frere soit du second degré par l'ordre de la generarion, il ne se peut pas faire *per rerum naturam*, qu'après que le degré subséquent a été rempli, éteint ou consommé, on puisse revenir au precedent; & il faut necessairement remplir le postérieur, & que le frere recueillant fasse un degré tel que l'ordre du temps & les personnes qui l'ont precedé lui doivent donner. Quoique les substitutions ne s'étendent que jusqu'au quatrième degré, elles sont néanmoins appellées perpetuelles, par rapport à la volonté de ceux qui les font, & qui souhaitent de les porter à l'infini à leur posterité ou à leur famille: c'est pourquoy elles sont aussi appellées graduelles & perpetuelles, quoiqu'elles puissent être graduelles sans être perpe-

434      I N S T I T U T I O N S  
tuelles, ſçavoir lorsqu'elles ne contiennent  
que deux ou trois degrez ſeulement.

On les diviſe encore en masculines, qui  
ſont faites en faveur des mâles pour con-  
ſerver le nom & les armes du teſtateur  
( & elles ſont ordinairement faites par les  
perſonnes nobles & opulantes, ) & en  
celles qui ſont generalement, & ſans diſ-  
tinction, pour la poſterité de tous les deſ-  
cendans.

On en remarque encore d'exprefſes,  
& de tacites; par les exprefſes le teſtateur  
ſubſtitue nommément tous ſes deſcen-  
dans, ou collateraux graduellement, &  
à perpetuité; la tacite eſt lorsque le teſ-  
tateur ne le dit pas en termes formels,  
mais que par pluſieurs conjectures, & in-  
ductions tirées de ſa diſpoſition, & des  
termes d'icelle, on juge qu'il a eu la  
volonté de faire cette ſubſtitution: car  
on tient que cette volonté peut être prou-  
vée par conjectures. *Leg. 2. cum propone-  
batur, ff. de legatis 2.*

Les Auteurs en ont remarqué plu-  
ſieurs, qui ſont la multiplication des de-  
grez de ſubſtitution, la vocation, & la  
repetition des mâles, leur ſubſtitution re-  
ciproque, la prohibition d'aliener, celle  
de la quarte trebellianique, l'excluſion

des femelles, la volonté déclarée de conserver les biens dans la famille, la charge de porter le nom, & armes, avec plusieurs degrez de substitution en faveur des mâles, la preference des étrangers qui portent ces nom & armes aux filles descendantes du testateur, sa noblesse, la coutume de ses ancêtres : toutes ces conjectures qui induisent la substitution graduelle & perpetuelle tacite, sont remarquées par M. Cujas en sa consultation 35. par Du Moulin en son conseil 243. par Fusarius question 480. par Guy Pape, & Ferriere question 184. par Mainard liv. 5. chap. 71. & liv. 8. chap. 1. Mais il ne faut pas s'imaginer qu'il soit necessaire que toutes ces conjectures concoutent ensemble pour établir la substitution graduelle, & perpetuelle : M. Cujas dans la consultation qui vient d'être citée : & Godefroy sur la loi, *Mavia*, ff. de *manumissis testamento*, disent que trois de ces conjectures sont suffisantes.

Il est certain que par le Droit Romain, afin que la substitution fideicommissaire fût transmise à l'heritier du fideicommissaire, il étoit necessaire que l'heritier grévé en fit la restitution actuelle au fideicommissaire; autrement si ce dernier venoit à

mourir avant que la restitution fût faite; la substitution étoit caduque : c'est pourquoy l'heritier chargé pouvoit être contraint à accepter l'heredité, afin de la pouvoir rendre, comme il paroît par la loi *cogi*, ff. *ad senatus consultum trebellianum*, & il n'y avoit que les trois cas marquez par la loi *sancimus*, du même titre au code, dans lesquels le fideicommiss fut transmis sans cette restitution ; mais l'équité du Droit Canonique a passé par-dessus cette subtilité en toute sorte de cas, comme il est déclaré dans le chapitre *in presentia*, aux decretales, *de probationib.* & c'est ce qui a été suivi en France, où il est constant, même dans le ressort du Parlement de Toulouse, que le fideicommissaire transmet à ses heritiers l'utilité de la substitution, encore qu'il meure avant que la restitution lui ait été faite, ce qui est fondé sur la regle generale, *le mort saisit le vif*, qui a encore cet effet de transferer la possession de plein Droit au fideicommissaire universel par la seule force du testament, & de l'écheance du cas ; c'est un usage qui est attesté par M. Benoit en sa repetition sur le chapitre *Rainutius*, *verb. mortuo itaque testatore secundo* nomb. 74. & suivant, où il

rapporte des Arrêts du Parlement de Toulouse qui l'ont ainsi jugé, & il ajoute fort à propos l'éloge de cet usage, par lequel on se trouve déchargé des frais, & de l'embaras où on étoit réduit par la formalité du Droit Romain.

Il est encore remarquable que l'héritier institué, chargé de rendre, est en droit de retenir la quarte trebellianique, si elle n'est pas prohibée, soit qu'il soit des descendans du testateur ou bien étranger : mais lorsque c'est un des enfans qui a un droit de legitime sur les biens du testateur, il ne peut prendre par le Droit Romain que la seule legitime, & non pas encore une quarte ; mais par le Droit Canonique aux chap. *Rainutius*, & *Rainaldus*, *extr. de testam.* il a toutes les deux ensemble ; & cette disposition est observée par tout, suivant le témoignage de Guy Pape, en la question 52. de Mainard liv. 5. chap. 47. & de plusieurs autres, qui disent que cette jurisprudence est équitable, parce qu'elle favorise les enfans ; elle n'a pas néanmoins lieu lorsque le testament est cassé quant à l'institution à cause de la préterition, & par la force de l'authentique *ex causa cod. de liberis prateritis*, encore même qu'il y

ait clause codicillaire, ainsi que l'observe Guy Pape au même lieu. Au surplus les enfans prennent cette quarte comme les substitués étrangers: ainsi elle n'est pas réglée sur le même pied que la legitime, & consiste précisément en la quatrième partie des biens qui restent, la legitime & les dettes payées; en telle sorte que les enfans commencent par prendre la legitime, selon qu'elle est réglée par le Droit des nouvelles, ensuite on donne à l'heritier grevé le quart de ce qui reste de l'heredité. C'est ainsi que l'explique M. Mainard, liv. 5. chap. 48. & c'est ce qui fait que la quarte trebellianique leur peut être prohibée, pourveu que la prohibition soit expresse; mais ils ont conservé cet avantage, qu'ils ne sont pas tenus d'imputer les fruits qu'ils ont perçus de l'heredité, suivant la loi *jubemus*, cod. ad *S.C. trebellianum*. On trouve ces décisions, qui sont ponctuellement observées au Parlement de Toulouse dans la note de Ferriere sur la question 51. de Guy Pape.

Il y a encore deux choses à observer dans l'usage.

L'une, que l'heritier fiduciaire n'a point droit de retenir aucune quarte trebellianique, suivant la note de Godefroy

sur le §. *cum Pollid.* de la loi 3 ff. *de usuris*, parce qu'il est tuteur plutôt qu'heritier ; car l'heritier fiduciaire est celui qui est institué pour administrer les biens du pupille ou mineur, jusqu'à certain âge marqué par le testateur, auquel ils soient capables d'administrer eux-mêmes leurs biens.

L'autre, que les heritiers contractuels chargez de fideicommiss ne peuvent aussi distraire la quarte trebellianique, qui n'est accordée qu'aux heritiers testamentaires : & quoique par le Droit commun & general de France, il soit permis d'instituer par contrat de mariage des heritiers & de leur substituer, on n'a pas étendu l'usage de la quarte trebellianique à ces substitutions contractuelles. L'extension qu'on a faite au fideicommissaire universel de la regle generale de France, *le mort saisit le vif*, laquelle transporte au fideicommissaire la possession des biens substituez, en telle sorte qu'il peut intenter instance de complainte en cas de saisine & de nouvelleté, & n'est pas obligé de demander aux heritiers la délivrance ou le délaissement des biens dépendans du fidei-commiss, suivant la doctrine de Benedictus au lieu ci-dessus cité, cette extension, dis-je, a fait douter si ce fideicom-

missaire est bien fondé à demander la restitu-  
 tion des fruits depuis le décès de l'heritier  
 grevé, comme étant non seulement le  
 maître; mais aussi le possesseur de l'heredi-  
 té substituée, ce qui seroit une abrogation  
 formelle de la loi *in fideicommissaria* § 8. ff.  
*ad S. C. Trebellianum*, qui décide nommément  
 que le fideicommissaire ne peut pré-  
 tendre la restitution des fruits, que depuis  
 que l'heritier, ou ses heritiers sont en de-  
 meure, laquelle n'est établie que par l'in-  
 troduction de l'instance, au cas que le te-  
 stateur ait chargé l'heritier de rendre non  
 seulement les capitaux & le fonds; mais en-  
 core les fruits, depuis la mort de l'heritier  
 grevé, & supposant le Droit établi par la  
 regle de France ci-dessus remarquée, que  
 la restitution du fideicommissaire est faite de  
 plein droit, & la possession transférée en  
 même temps au fideicommissaire, il s'en-  
 suit sans doute que devenant maître &  
 possesseur des biens substituez depuis le de-  
 cès, les fruits lui appartiennent aussi dès cet  
 instant, & c'est le sentiment de Despeisses  
 au traité *des substitutions fideicommissaires*,  
 & j'ay vu des Arrests du Parlement de  
 Toulouse qui l'ont ainsi jugé, & qui ont  
 regardé la loi, qui vient d'être citée, comme  
 abrogée; il y en a pourtant d'autres qui n'ont

ajugé la restitution des fruits que depuis l'instance seulement : desorte que cela se juge diversement & suivant les circonstances différentes, & comme on dit, *ex variis causarum figuris*. L'article 40. du tit. de l'ord.<sup>de 1747.</sup>

Au surplus la quarte trebellianique n'est pas distraite par l'heritier grevé, qui a joiü de l'heredité pendant l'espace de dix années, lorsqu'il n'est pas des descendans du premier degré, parce que les fruits sont imputez sur cette quarte à son égard, ainsi que rapporte M. Mainard liv. 5. chap. 65. & sont censez remplir cette quarte dans l'intervalle des dix années, suivant l'usage du Parlement de Toulouse, où on ne suit pas le sentiment de Duperier liv. 4. q. 5. où il dit que la joiüissance de six années huit mois acquitte la trebellianique.

Substitu-  
tion de  
1747.  
n'accorde  
les fruits  
que depuis  
la demande

## CHAPITRE XIV.

*Des moyens par lesquels les testamens  
sont infirmez, & du testament  
inofficieux.*

**L**Es testamens qui sont valables au commencement sont quelquefois infirmez par des accidens qui surviennent après; car si après le testament fait, il naît

au testateur un fils qui n'ait point été institué héritier, le testament est *ruptum agnatione hæredis*; si ce testateur encourt la mort civile, en conséquence de condamnation, son testament est cassé par ce moyen; comme aussi si les enfans ou quelquefois les freres sont deshérités sans cause, ou qu'il n'en soit fait aucune mention dans les testamens de leurs peres, meres & autres ascendans, ou freres ils sont anéantis par la plainte d'inofficiosité & ne sont d'aucun effet; si l'héritier institué repudie l'hérité, en ce cas on appelle le testament desert: ces moyens de cassation ont esté distingués par des termes particuliers qui ont esté donnez à chaque espece. Le testament cassé par la naissance du posthume est appelé *ruptum*, par la mort civile du testateur ou de l'héritier *irritum*, quand il est nul par le défaut de solemnité *injustum*, quand il est sans effet par la repudiation de l'héritier *desertum*, & quand il peut être attaqué par inofficiosité *inofficiosum*. Les testamens sont encore anéantis & revoquez par des testamens posterieurs suivant le §. *posteriore* de ce titre aux instituts: ce qui est fait par la seule confection du testament posterieur, encore qu'il n'ait pas eu son effet, loit à cause du predecès de l'héritier institué,

ou parce qu'il n'a pas voulu accepter l'heredité, ou que la condition sous laquelle il avoit esté institué a manqué : la raison de cela est que deux testamens sont incompatibles & se détruisent necessairement l'un l'autre, parce que l'institution hereditaire fait que l'heritier succede universellement à tous les droits du testateur, & il est impossible que deux personnes ayent ce droit en même temps : & ainsi il faut dire que c'est le dernier institué, qui a pour lui la derniere volonté du testateur, & doit l'emporter sur le premier. Cette raison n'a pas lieu à l'égard des codicilles, parce qu'ils ne peuvent pas contenir l'institution hereditaire ni faire un transport general de tous les droits du testateur. On tient aussi qu'ils ne sont pas revoquez par un autre testament, ni codicille posterieur, on estime communément que dans le pais coûtumier on peut faire plusieurs testamens qui aient leur effet, si ce n'est qu'ils soient directement contraires, comme quand il y a des legataires universels differens ou que le posterieur revoque expressément le premier ; au surplus quoique ce soit une regle generale que les testamens soient revoquez, par d'autres posterieurs valables, il y a neanmoins un cas auquel les interprètes ont douté si cette ma-

xime a lieu, lorsque dans les precedens testamens, il y a une clause derogatoire à tout testament subsequent. Le testateur ayant dit en termes exprès, que s'il venoit à faire quelqu'autre testament, il ne veut pas qu'il vaille & qu'il revoque le precedent: si ces termes suivans, par exemple, *mon Dieu ayez pitié de moi*, n'y sont inserez, & s'il n'est dit que nonobstant la clause derogatoire le dernier testament sera valable.

On a voulu établir l'usage & l'effet de ces clauses, qu'on appelle derogatoires sur la disposition de la loi *si quis in principio*, ff. *de legatis* 3°. où il est décidé que si le testateur dit au commencement de son testament que s'il fait plusieurs legs à Titius, il entend qu'il ne soit payé que d'un seul, & qu'après cela il fasse plusieurs legs au même Titius dans la suite du testament, ou dans les codiciles qui en dépendent, la dernière disposition prévaudra sur la précédente par ce que dit le Jurisconsulte, *nemo hanc legem sibi imponere potest, ut à priori recedere sibi non liceat*; mais il ajoute en même temps, *sed hoc ita locum habebit, si specialiter dixerit prioris voluntatis se poenituisse, & voluisse ut legatarius plura legata acciperet*. Cette loi veut donc une revocation speciale, ainsi qu'il paroît par ce terme *specialiter*: la

DU DROIT FRANÇOIS. 449  
loi *si mihi*, §. *ultimo de legatis* 1<sup>o</sup>. porte la  
même chose.

Les plus sçavans interprètes du droit ont  
soutenu que les clauses derogatoires par rap-  
port à un autre testament, n'étoient point  
autorisées par ces loix qui ne sont qu'au cas  
d'une même disposition contenuë dans un  
seul & même acte ou accessoire d'icelui,  
ce qui a quelque raison : parce qu'une  
clause peut être expliquée par une autre, &  
que la suite a son rapport au commence-  
ment, & que toutes les clauses jointes en-  
semble ne composent qu'un même corps  
& un même acte. Ils observent même  
que ces clauses derogatoires étoient nom-  
mément rejettées par le §. *licet* de la loi *di-  
vi Severus & Antoninus* 6. ff. *de jure codicil-  
lorum*; qu'il n'en est fait aucune mention à  
l'égard des testamens dans tous les livres du  
dig. & du cod. qu'enfin elles devoient être  
rejettées, parce que c'étoit le plus souvent  
des pieges qui étoient tendus par les capta-  
teurs, c'est-à-dire, ceux qui ont trouvé le  
moyen d'extorquer des testamens par de  
mauvaises voyes, pour ôter aux testateurs la  
liberté de revoquer, & pour annuler cel-  
les qu'ils ont voulu faire véritablement dans  
la suite, de quoi ils se trouvent empêchez  
par cet artifice premedité: c'est le sentiment

de M. Cujas, dans ses observations liv. 14. chap. 7. & de plusieurs autres. Mais quoi que ces Auteurs ayent pû dire, & quelque respectable que soit leur opinion, l'usage l'a emporté, & l'on reçoit presque par-tout les clauses derogatoires, comme l'attestent M. Lestang, dans les Arrests, Arrest 2. Durant, q. 92. Mainard, liv. 5. chap. 19. ce qui a lieu aussi bien dans le pays coutumier qu'en celui du Droit écrit, selon le témoignage de Brodeau sur M. Loüet lettre T. nombre 9. On a jugé que la clause derogatoire ne donnoit aucune atteinte à la liberté des testamens, puisqu'il dépendoit toujours du testateur de revoquer le testament qui la contient, en derogant spécialement à cette clause derogatoire, qui assûroit au contraire la volonté du testateur contre les suggestions & importunités qui sont souvent employées pour extorquer des personnes mourantes ou simples, ou sur lesquelles on a quelque autorité des nouvelles dispositions, au préjudice des premières, qui sont selon le cœur du testateur & contiennent la véritable disposition: c'est une precaution aussi inutile que nécessaire pour éviter ce grand inconvenient, en sorte qu'il est vrai de dire que le dernier testament, qui ne revoque pas la clause derogatoire, est nul par dé-

faut de volonté, de laquelle il paroît qu'il est destitué par la declaration du testateur contenuë en la clause derogatoire, qu'ainsi le dernier testament est bien la dernière écriture, mais non pas la dernière volonté qui a été réservée par le premier: c'est ce qui se prouve par la loi *et si quis*, §. *plerique*, ff. *de religiosis & sumptibus funer.* & par plusieurs textes & raisons qu'on peut voir dans Duranti nombre 26. & le President Lestang, aux endroits déjà citez; ainsi il faut tenir pour certain, que le premier testament où il y a une clause derogatoire l'emporte sur le dernier, si celui-ci ne derogé point expressément à la clause derogatoire, *requiritur*, disent les Docteurs, *derogatoria derogatoria.* *l'article 76. de l'ord.<sup>ce</sup> de*

Mais la difficulté est de marquer comment doit être faite cette revocation pour être suffisante, car on remarque trois espèces de derogation. La première, *in genere*, la seconde *in specie*, & la troisième *in individuo*. La revocation *in genere*, est quand le testateur revoke dans le second testament par une clause generale, en disant qu'il revoke tous les testamens, ou le testament precedent, sans faire aucune mention speciale de la clause derogatoire. La revocation est faite *in specie* quand elle fait

*testament*  
*de 1735.*  
*abrogé par*  
*les clauses*  
*derogatoires*

mention expresse de la clause derogatoire; & porte que le testateur revoque le testament precedent & la clause derogatoire qui y est contenuë, & qu'il entend que le dernier testament vaille, nonobstant la clause couchée dans le premier. Enfin la revocation *in individuo*, est lorsque le testateur rapporte formellement ces termes de la clause derogatoire, en disant par exemple, qu'il veut que le dernier testament vaille nonobstant la clause derogatoire portée par le precedent contenant ces mots, *Mon Dieu ayez pitié de moi.*

Tout le monde convient que la derogation generale ne suffit point, & toute la question roule sur la speciale & l'individuelle. M. Louët au lieu deja cité rapporte des Arrests du Parlement de Paris, par lesquels il a été jugé que la revocation *in individuo* de la clause derogatoire, étoit necessaire pour faire subsister la derniere disposition; mais au Parlement de Toulouse on juge le contraire, & que la revocation speciale suffit, en telle sorte qu'il n'est pas necessaire de repeter les mots qui composoient la clause derogatoire. Le sieur de Lestangen rapporte un Arrest prononcé en robes rouges, & Duranti établit la même doctrine au lieu ci dessus cité.

Le sentiment des Docteurs qui ont le plus clairement & le plus solidement traité cette matiere, est fondé sur la loi *si quis in principio*, ff. de legat. 3°. laquelle porte précisément qu'il suffit que le testateur fasse une revocation speciale de la clause derogatoire, & n'en exige pas une individuelle; car ainsi qu'il a été observé, ces deux revocations sont tout-à-fait différentes. *Titius* ff. de lib. & posthumis, & c'est sur ce même principe que ces Auteurs decident, que si le testateur revoque le testament, contenant la clause derogatoire en faisant mention de la date, du Notaire qui l'a reçu & de l'heritier institué, la revocation de la clause est suffisante, parce que la designation particuliere de ces trois choses la rend speciale; en sorte qu'il n'est pas toujours necessaire que le testateur fasse mention speciale dans la revocation du testament de la clause derogatoire: il suffit qu'il paroisse que le testateur ait voulu que son dernier testament prevaille, & cela resulte certainement des conjectures évidentes & expresses, leg. 4. ff. de adimendis vel transferendis legatis, leg. licet imperator ff. de legatis 2°. La volonté de revoquer le premier testament se trouvant donc bien prouvée, il est inutile de revoquer autrement la clau-

se derogatoire : comme aussi lorsqu'il y a long-temps du premier testament au second il y a lieu de presumer que le testateur a oublié & le testament & la clause derogatoire, d'autant qu'il est assez connu que la memoire de l'homme est foible & chancelante, comme s'il y a un intervalle de dix ans. La faveur des enfans fait aussi cesser l'effet de la clause derogatoire, lorsqu'ils sont instituez par ce dernier testament, & la cause pie a le même avantage suivant la doctrine de Mainard liv. 5. chap. 20. & 21. car le testament fait au profit des enfans contient une clause derogatoire legale, qui fait qu'il ne peut être revoqué, que par une revocation expresse speciale, suivant l'authentique *hoc ita cod. de testamentis*, laquelle revocation fasse mention du testament contenant l'institution des enfans, & cela lorsque par le postérieur on institue des étrangers. En un mot la validité & l'effet des clauses derogatoires se prend des circonstances du fait, qui sont souvent connoître si elles sont l'ouvrage de la captation ou d'une precaution necessaire pour l'éviter.

Au surplus la cause derogatoire empêche seulement la validité des dispositions testamentaires selon l'observation de Ferriere en ses notes sur la question 127. de Guy Pape;

mais elle ne peut empêcher la validité des donations entre-vifs, lesquelles étant irrevocables ne peuvent être anéanties par aucun acte contraire, antérieur ou postérieur, & c'est pour cela qu'on dit communement qu'elles rendent tous autres testamens inutiles.

A suivre la regle du §. *posteriore* de ce titre aux instituts, il semble que quand le testament est en bonne forme, & n'est point altéré par aucuns des moyens ci-dessus rapportez, celui qui l'a fait ne peut plus mourir ab intestat. Pour le revoquer il est nécessaire qu'il en fasse un autre: par le Droit Romain, lorsqu'il y a dix ans que le testament a été fait, alors il peut être revoqué par un simple acte de revocation signé par trois témoins & par le testateur, suivant la loi *sancimus*, cod. *qui testam. facere possunt*, il est anéanti par cette revocation, *tam ex contraria voluntate quam ex cursu temporali*, & les dix ans sont comptez depuis la date du testament, & non pas de celle de la revocation, suivant la décision de Guy Pape & de Ferriere en la quest. 200.

Mais la Jurisprudence du Parlement de Toulouse & de plusieurs autres, nous apprend que le testament peut être revoqué, encore qu'il n'y ait pas dix ans, par une re-

vocation faite en presence d'un nombre de témoins , pareil à celui que la loi & la Coustume demandent pour faire un testament parfait , dans lequel acte on declare qu'on veut mourir ab intestat : ce qui sans doute ne reçoit aucune difficulté , lorsque cette declaration est jointe à la revocation , parce que par ce moyen les heritiers ab intestat , sont instituez heritiers , selon l'observation de Mainard liv. 5. chap. 23. Ferriere au lieu ci-dessus cité passe même plus avant , & dit qu'encore que ce revoquant ne dise pas qu'il fait cette revocation pour mourir ab intestat , elle ne laisse pas d'être valable ; mais si elle portoit qu'elle a été faite , parce que le testateur vouloit faire un autre testament , ce seroit alors le cas de la décision de l'Empereur Pertinax , & on ne la pourroit faire valoir par la faveur des heritiers ab intestat , puisqu'il paroît alors que le testateur ne les a pas eus pour motif ; mais bien celle d'un heritier testamentaire , qu'il avoit en vuë d'instituer , ce qui n'ayant pas été accompli , il paroît plus raisonnable de preferer l'heritier testamentaire que les successeurs ab intestat , que le testateur a voulu toujours exclure : c'est ainsi que Mainard à l'endroit déjà cité le décide.

Il n'y a rien de si beau que ce qui est rap-

porté à la fin de ce titre de Justinien *quib mod. testam. infir.* que la declaration de cet Empereur, qu'il n'accepteroit jamais l'hérité qui lui seroit donnée, à l'occasion ou en haine de quelque procès, par lequel elle seroit conteltée ou par un testament qui ne seroit pas revêtu de toutes les formalités ordinaires prescrites par les loix: parce que, dit-il, encore que les Princes Souverains ne soient point soumis aux loix, ils doivent pourtant s'y conformer & se conduire par leur disposition, *licet enim legibus solui simus, tamen legibus vivimus*: ce qui semble décider la question celebre, si les Princes sont sujets à la loi, sur laquelle il me semble que Guimier en quelque endroit de sa glose de la Pragmatique Sanction a fort bien distingué, lorsqu'il dit que les Princes sont point sujets à ces loix, *quantum ad vim positivam & pœnalem*, mais bien *quantum ad vim directivam*, c'est-à-dire, que leur puissance suprême fait qu'ils ne peuvent être forcez par peine & par une contrainte extérieure à les observer, ni être punis quand ils y ont contrevenu; mais que c'est de leur devoir de les suivre, & de faire executer ce qu'elles prescrivent, parce qu'elles sont toujours fondées en raison, & qu'elles font connoître ce qu'il y a de plus

juste & de plus grande utilité pour le public.

Les testamens sont encore détruits par la plainte d'inofficiosité qui a été accordée par le droit, lorsque les peres ou meres n'ont point institué leurs enfans émancipez ou qui ne sont pas sous leur puissance, ou que les enfans sont tombez dans le même défaut, à l'égard de la mere, ou des ascendans maternels, comme aussi quand au préjudice des freres & des sœurs, le testateur institué quelques personnes indignes, & sur-tout lorsque ces heritiers presomptifs ont été desheritez sans juste cause ou par fausse cause. Les Jurisconsultes crurent qu'une telle exclusion de l'heredité étoit si dénaturée, qu'il y avoit raison d'être persuadé que ceux qui la faisoient, n'étoient point dans leur bon sens en cette occasion, & pour cela ils reçurent ceux qui avoient été si durement maltraitez à se plaindre contre ce testament, & à en demander la cassation, comme étant fait par des gens insensés; & comme c'est une espece d'accusation injurieuse à la memoire des testateurs, elle étoit rejettée si on avoit laissé passer cinq ans sans la proposer, & si on avoit acquiescé en quelque maniere au testament, en sorte que cette plainte étoit cou-

verte par le moindre acquiescement. Elle n'avoit point lieu, lorsque le testateur avoit eu la precaution de laisser la legitime à celui qui étoit en droit de la proposer. Justinien même avoit ordonné par la loi *omnimodo*, cod. de *inofficioso testamento*, que le testament seroit conservé, encore qu'on n'eût pas laissé la legitime, pourveu qu'on ait laissé quelque chose, alors il étoit seulement permis aux legitimaires de demander leur supplément, mais par la nouvelle 115. il faut que ce qui a été laissé, l'ait été à titre d'institution, autrement le testament est nul quant à l'institution *authenticâ ut cum de liberis præteritis*, au cod. ce qui fait, dit M. Dolive liv. 3. chap. 9. que la plainte d'inofficiosité n'a lieu parmi nous qu'en deux cas, l'un quand les ascendans ou descendans ont été desheritez suivant la forme prescrite par la nouvelle avec expression d'une des causes y contenuës qui est soustenüe fausse, & l'autre quand les freres & les sœurs ne sont point instituez heritiers par le testament de leur frere & sœur, par lequel une personne infâme & indigne se trouve instituée; & même il y a raison de dire que quand l'exheredation des descendans & ascendans est fondée sur une cause fausse, la voye de nullité est ouverte par

cette nouvelle, & qu'ainsi celle d'inofficiosité n'est point d'usage en ce cas, & ne peut par conséquent être employée que par le frere & sœur, auxquels a été préférée une personne indigne.

L'institution hereditaire n'ayant pas lieu en pays coûtumier, on peut dire que la plainte d'inofficiosité n'y peut par conséquent être d'aucun usage, puisqu'elle n'a d'autre effet par cette nouvelle & cette authentique, que d'annuller l'institution: néanmoins l'exheredation y est autorisée à l'égard des enfans ingrats, qui maltraitent leurs parens, ils peuvent être privez de ce qui leur est deféré par la Coûtume, sçavoir des quatre quints des propres de la legitime qui consiste en la moitié de ce qui leur seroit échu par la succession ab intestat, ce qui a été tres-sagement ordonné pour entretenir l'affection entre les parens, & l'on a approuvé en France, & presque par tout le monde les causes d'exheredation marquées par la nouvelle de Justinien, aussi bien que celles qui donnent lieu à la revocation des donations entre-vifs pour ingratitude. Il en est de même de la demande en supplement de legitime, qui peut être faite en toute sorte de pays. Cette legitime par le droit du digeste & du code, consistoit en la

La quatrième partie de l'heredité qui auroit appartenu aux ascendans ou descendans par la succession ab intestat : car elle avoit été fixée sur le pied de la *falcidie*; mais par la nouvelle 118. de *triente & semisse*, elle a été augmentée jusqu'au tiers inclusivement, lorsqu'il n'y a que quatre enfans, & à la moitié lorsqu'il y en a cinq; la quote de la legitime est réglée par les Loix & les Coûtumes : car quoique les Docteurs demeurent d'accord, que la legitime est due de droit naturel aux descendans, ils conviennent néanmoins que sa quotité dépend de la loi, & de-là vient qu'elle est déterminée différemment par le Droit & par les Coûtumes; mais il faut remarquer ce qu'on dit communement que la legitime est *quota bonorum non hereditatis*, ainsi que le remarque Mainard liv. 6. chap. 20. où il dit que c'est une maxime qu'il tient de Fernand, & qui signifie que les legitimaires ne sont pas tenus des dettes passives de l'heredité, parce que la legitime n'est prise que sur ce qui reste du patrimoine après que les dettes en ont été déduites comme la *falcidie*, de sorte qu'au moyen de cette déduction, l'heritier retenant la valeur du montant des dettes, il ne peut pas se dispenser d'en faire le paiement.

Il a été déjà remarqué que les filles qui moyennant une constitution dotale que le pere ou la mere leur ont faite, ont renoncé à leur succession, ne peuvent donner aucune atteinte par la voye d'inofficiofité aux testamens de leurs peres & meres, où elles ont été passées sous silence, même dans le pays coûtumier, elles ne peuvent pas demander un supplément de legitime, par rapport aux biens acquis depuis la constitution faite, ce qui leur est pourtant permis dans le pays du Droit écrit, si ce n'est qu'elles ayent renoncé expressément à ce supplément, encore sont-elles restituées en entier contre leur renonciation, parce qu'on tient que la constitution dotale n'est pas une cause suffisante, pour les priver d'une partie de leur legitime. Du reste la legitime se trouve souvent payée par anticipation dans cette vuë, ce qu'il étoit necessaire de declarer expressément dans la donation par le Droit Romain, *leg. si non mortis, ff. de inofficioso testamento*, autrement les legitimes avoient l'un & l'autre; mais par l'usage generalement observé dans tout le Royaume, les donations simples & sans charge d'imputation, sont imputées sur la legitime, sielles n'ont pas été faites spécialement par preciput & avantage, ce qui

est tout le contraire du Droit Romain, la raison de cet usage est qu'il est présumé que les peres & meres qui sont debiteurs de la legitime envers leurs enfans, font ces donations pour s'acquitter par avance de cette dette naturelle, & pour favoriser leurs enfans.

## CHAPITRE XV,

### *De la qualité & différence des heritiers.*

**I**L y avoit par le Droit Romain, plusieurs sortes d'heritiers testamentaires ou ab intestat : mais en France on ne reconnoît pas en premier lieu l'heritier nécessaire qui étoit l'esclave, institué heritier & déclaré libre à cet effet, afin que si son maître n'étoit pas solvable, les biens fussent vendus au nom de cet esclave, & que par ce moyen la memoire du maître fût à couvert de la honte qui accompagnoit toujours la vente des biens faite d'autorité de Justice; en France n'y ayant point d'esclave, il n'y peut pas avoir de ces sortes d'heritiers. Le pays coûtumier ne connoît point aussi *suos heredes*, parce que les en-

fans n'y sont pas sous la puissance de leur pere, de la même maniere qu'ils y étoient chez les Romains; & Justinien ayant même aboli, pour ce qui concerne la succession des enfans au bien de leur pere, la difference entre les enfans qui étoient appelez *sui heredes*, & les émancipez, cela ôte, dans le ressort même du pays du droit écrit, la prerogative des enfans de la premiere espece; il faut remarquer qu'ils ne sont heritiers s'ils ne veulent, aux termes de la regle generale, *n'est heritier qui ne veut*: c'est pourquoi il n'est pas necessaire qu'ils acceptent expressément l'heredité, ou qu'ils s'immiscent ou qu'ils se portent pour heritiers, pour transmettre l'heredité; car en France *hereditas non adita transmittitur*, même par les heritiers étrangers: il est vray que comme par le Droit Romain, l'acceptation expresse par les heritiers étrangers ou que la loi appelle *pro herede gerere*, où l'immixtion à l'égard des enfans, étoit necessaire pour lier les heritiers & les obliger à payer les charges hereditaires, & n'empêchoit pas qu'ils n'eussent la faculté de s'abstenir de l'heredité avant l'acceptation ou immixtion, laquelle faculté leur étoit accordée par le preteur, s'ils declaroient ne vouloir point profiter

de l'heredité ; ils sont aussi par le Droit François privez par l'acceptation ou immixtion de l'avantage de cette regle, *n'est heritier qui ne veut*, s'ils n'ont pas déclaré qu'ils veulent s'abstenir ; & on observe fort ponctuellement la maxime fondamentale du Droit Romain pour l'obligation imposée à l'heritier presomptif ou testamentaire de payer les dettes, lorsqu'il a accepté l'heredité ou qu'il s'est immiscé. Or c'est un des premiers principes en cette matiere, que l'acceptation ou immixtion en l'heredité consiste en la seule volonté d'être heritier, encote qu'on ne touche aucun effet hereditaire ; c'est ce que le Jurisconsulte dit fort élégamment dans la loi *pro herede*, ff. de *acquirenda vel omittenda hereditate*, que *hereditas non est tam facti quàm animi* ; mais parce que la volonté est une chose interieure qui ne peut être connuë que par une declaration vocale ou par des actions qui la manifestent, on en a remarqué quelques-unes que l'on regarde en défaut de paroles, comme des preuves certaines de cette volonté, comme si l'heritier testamentaire ou presomptif vend & cultive les biens de l'heredité, ou en un mot s'il dispose des biens hereditaires d'une telle maniere qu'il ne le puisse faire qu'en qualité

d'heritier, car c'est la grande regle de cette verité qui est marquée dans cette loi *pro hærede, §. itaque, que, tunc pro hærede geridicendum esse quoties accipit quod citra nomen* & *jus hæredis accipere non poterat*, & ce qui est dit, *de hæredis gestione*, doit être entendu aussi *de immixtione*, car toutes ces choses sont confonduës en France, où tous les heritiers sont semblables, & ont le même avantage, ainsi qu'il a été dit, quoiqu'il y eût quelque difference par le Droit Romain.

Mais pour éviter la crainte & l'embaras des heritiers, qui souvent refusent d'accepter l'heredité, de peur d'être obligez de payer les dettes du defunt, qui souvent alloient au-delà du montant de l'heredité, ou du moins demandoient du temps pour deliberer, ce qui retardoit le payement des creanciers ou des legataires, Justinien trouva un moyen de les mettre à couvert de toutes sortes de pertes, quoiqu'ils se portassent pour heritiers, ce qu'ils pouvoient faire sans avoir besoin de deliberation, en faisant un inventaire des effets laissez par le defunt en la forme & dans le temps de trois mois qu'il prescrivit en la loi *scimus*, dernière, cod. *de jure deliberandi*. Les heritiers qui acceptoient avec cette precaution sont

appelez heritiers par benefice d'inventaire, lequel a cet effet, premierement d'empêcher que les heritiers soient tenus au-dessus de la valeur des biens du defunt, & sur iceux & non pas sur leurs biens propres qui ne peuvent être saisis ni executez pour les dettes de la succession. Secondement, la confusion des actions qui se fait de plein droit, lorsque le creancier succede à son debiteur, leg. *stichum*, §. *aditio*, ff. de *solutionibus & liberationibus*. Troisièmement, que l'heritier se conserve la falcidie à l'égard des legataires.

Il est certain qu'aux termes de cette loi derniere, il n'est pas necessaire que l'heritier institué delibere, ni qu'il fasse proceder au scellé des effets mobiliars delaissez par le defunt, mais par la nouvelle Ordonnance de 1667. au titre des délais pour delibérer, article premier, l'heritier a trois mois pour faire l'inventaire, & quarante jours pour delibérer, & ainsi il peut joindre le benefice d'inventaire avec la faculté de delibérer, contre les termes de la loi de Justinien: il est même en quelque maniere necessaire pour écarter tous soupçons, que d'abord après le decès & pour pouvoir faire plus fidelement l'inventaire, l'heritier fasse mettre sous le scellé tous les

effets, afin d'en empêcher la perte & l'ex-  
pilation, & qu'on ne puisse rien lui impu-  
ter. C'est ce qui est fort regulierement ob-  
servé à Paris, & presque dans tout le  
pays coutumier.

Ce qui a été dit que l'heritier beneficiai-  
re ne souffre pas la confusion de ses droits,  
n'est pas du goût de Loiseau au traité du  
deguerpissement, liv. 2. chap. 3. où il tient  
fortement que tel heritier confond, & peut  
être executé sur ses biens propres pour les  
dettes du defunt, & qu'il n'a d'autre re-  
source par la loi de Justinien que de ne  
pouvoir être tenu au payement des dettes  
que jusqu'à concurrence de la valeur des  
biens de l'heredité, suivant l'estimation  
jusqu'à laquelle ses biens propres saisis peu-  
vent être vendus, parce qu'il estime que  
cet heritier est tenu par action personnelle,  
& qu'il y doit avoir quelque difference en-  
tre cet heritier & un simple curateur aux  
biens vacans : mais son opinion n'a pas  
été suivie, parce qu'on trouve plus court de  
le recevoir à abandonner les biens & l'he-  
redité du defunt, & d'obliger les creanciers  
d'agir sur ces biens que d'en venir d'abord  
à cette estimation, & de contraindre l'he-  
ritier à une espece d'échange de ses biens  
propres contre ceux du defunt.

On observe néanmoins au Parlement de Toulouse le sentiment de Loiseau en partie, & que l'heritier peut être poursuivi personnellement, même au-delà de la valeur des biens de l'heredité, tandis qu'il conserve cette qualité d'heritier, en telle sorte que pour le mettre à couvert des actions personnelles, & de leur execution sur ses biens propres, il doit repudier l'heredité, & rendre compte des fruits qu'il a perçus jusqu'à la repudiation.

En la plupart des Coûtumes pour se pouvoir porter pour heritier par benefice d'inventaire, il faut obtenir des Lettres Royaux, & les faire entheriner par le Juge Royal du lieu du decès du defunt, toutes les parties interessées apparentes dûement appellées; mais en pays du Droit écrit, c'est un benefice qui a lieu de plein droit, & qui est accordé sur simple requête par le Magistrat ordinaire, & aujourd'huy par le Commissaire aux inventaires des pieces qui sont par les derniers Edits, les Notaires Royaux.

Il ne faut point passer sous silence les trois temps, auxquels la capacité de l'heritier est necessaire, afin que l'institution, & par consequent le testament soit valable. Ces trois temps sont marquez dans le §. 4.

*in extraneis*. Le premier, est celui auquel le testament est fait *ut constet institutio*. Le second, celui de la mort du testateur *ut effectum habeat*; & le troisième, celui de l'acceptation de l'heredité, *quia jus haredis eo maxime tempore inspiciendum est quo acquirit hareditatem*. Mais ce dernier n'est pas different en France de celui du decès du testateur, & ainsi on ne regarde que deux temps, à cause de la Coûtume generale de France, par laquelle routes sortes d'heritiers sont comme *sui haredes*, à l'égard desquels Vinnius en ses notes sur ce titre, note 4. dit que *in suis haredibus non est locus questioni de capacitate tempore adita hareditatis*.

## CHAPITRE XVI.

*Des legs & fideicommiss des choses particulieres, & de leur revocation.*

**L**A suite des matieres testamentaires conduit à parler des legs, qui sont les dispositions les moins importantes faites par le testament; parce que suivant le Droit Romain l'institution hereditaire est la base de la validité du testament, & est un titre

universel d'acquisition qui fait succéder l'heritier institué à tous les droits du defunt : c'est pourquoi les legs ne peuvent être que des donations de quelques choses particulieres, ou s'ils comprennent quelque quotité universelle des biens, c'est toujours à titre particulier, en telle sorte que les legataires ne sont pas tenus aux dettes passives du defunt, & ne representent point sa personne; mais il n'en est pas de même dans le pays coûtumier, où au lieu d'heritier il y a de legataires universels qui representent en quelque maniere le defunt, & sont sujets à toutes ses dettes & peuvent exercer ses actions.

Le legs est defini, *donatio à defuncto delicta, ab herede prestanda*, il faut sous-entendre *testamento*, pour le distinguer de la donation entre vifs, & remarquer dans cette definition les mots *ab herede prestanda*, qui font voir que les legataires ne peuvent point s'emparer de leur seule autorité des choses leguées, & qu'ils sont obligés d'en demander la délivrance aux heritiers, qui peuvent en obtenir le refaisissement, si les legataires s'en sont saisis d'eux-mêmes, suivant le titre *quorum legatorum*, au dig. & cela est exactement observé à Paris, & dans tout le pays coûtumier.

Ceux qui sont nommez par les testateurs executeurs de leurs testamens, sont & demeurent saisis de tous les effets mobiliers de la succession pendant l'espace d'un an pour avoir en main de quoi payer les legs; ils sont tenus d'en faire la delivrance dans ce temps, à moins qu'il n'y ait quelque obstacle & empêchement raisonnable; ils doivent faire proceder diligemment à la confection de l'inventaire, & se charger des effets mobiliers qui y sont contenus, pour après l'année expirée en rendre compte & restituer ce qui leur reste les legs payez, si ce n'est que le testateur eût ordonné que son executeur testamentaire seroit saisi d'une certaine somme par lui exprimée, ainsi qu'il est porté par l'article 297. du titre *des testamens*, de la Coûtume de Paris. Ces executeurs testamentaires ne sont pas si fort en usage dans le pays du Droit écrit, où l'on se contente de donner aux legataires les actions marquées par ce Droit, qui sont l'action personnelle, réelle & hypothequaire, sur les biens du testateur suivant la loi 1. cod. *communia delegatis*, & non pas sur les biens propres de l'heritier qui ne sont hypothequez pour les legs que du jour que l'heritier s'est obligé par contrat ou qu'il a été condamné de les payer. L'ac-

tion hypothécaire ne peut être même exécutée en France qu'après une Sentence qui déclare les biens du testateur affectez & hypothéquez pour les legs, parce que les testaments n'ont point d'exécution parée; l'héritier doit même être discuté, avant qu'on puisse s'en prendre aux tiers possesseurs des biens de l'heredité. Tout le reste de la matiere des legs & fideicommiss particuliers qui est contenuë dans les instituts & autres livres du droit n'a reçu aucun changement par le Droit François, c'est pourquoi on peut y avoir recours pour la décision des questions qui se presentent à ce sujet.

## CHAPITRE XVII.

### *De la loi falcidie.*

**L**A falcidie avoit été introduite en faveur de l'héritier, afin que l'heredité étant épuisée par les legs ne lui fût pas entierement inutile, & que cela ne l'obligeât pas à y renoncer & à rendre le testament sans effet: elle est en usage dans le pays du Droit écrit pour les heritiers qui ont fait inventaire; mais elle ne l'est pas dans le pays coutumier, parce qu'il n'y a

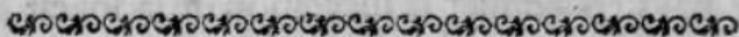
pas d'heritier, & le legataire universel est en obligation de payer tous les legs sans diminution, ou de renoncer à la succession; & même dans le pays du Droit écrit on a fort affoibli l'effet de la falcidie, parce que Justinien dans sa nouvelle premiere a permis de la prohiber, & a même déclaré qu'elle ne pouroit faire aucun retranchement, quant aux legs pieux.



# INSTITUTIONS

D U

## DROIT FRANÇOIS.



### LIVRE TROISIEME.

#### CHAPITRE I.

##### *Des successions ab intestat.*

**L**es successions testamentaires sont l'ouvrage de l'homme & un effet de sa volonté expresse, constaté par écrit ou par le témoignage d'un certain nombre de personnes. La succession ab intestat est au contraire l'ouvrage de la loi qui dispose dans le pays coutumier, même contre la volonté de l'homme, & dans celui du Droit écrit, lorsque la testa-

mentaire manque, & quoiqu'il soit vrai de dire que celui qui ne dispose point, lorsqu'il a la liberté de le faire, semble donner à ses heritiers legitimes ce qu'il ne leur ôte pas; neanmoins parce qu'en ce cas il prend la loi pour guide & pour regle de sa succession, cela est entierement attribué à la loi comme à la cause principale & dominante dans le concours de la volonté de l'homme, laquelle n'étant d'ailleurs que tacite n'est pas tant considerée que la disposition de la loi qui est expresse. Dans le pays coûtumier la succession de la loi est la premiere en ordre, mais dans le pays du Droit écrit elle vient après la testamentaire: c'est pourquoy suivant l'ordre de Justinien nous en traiterons presentement, après avoir traité de la testamentaire: & comme cette succession est deferée par la loi sur le fondement de la parenté, & de l'ordre de proximité des parens du défunt il faut presupposer qu'il y a trois sortes de parens; les premiers sont les descendans, les seconds les ascendans, & les troisiemes les collateraux; par rapport aux premiers & aux seconds on commence par la personne de laquelle on monte & de laquelle on descend; par rapport aux derniers, on considere d'abord la troisieme person-

ne. Le pere & la mere font au premier degré, l'ayeul & l'ayeule au second, & ainsi de suite en montant; les fils & les filles font au premier degré des descendans, les petits-fils & les petites-filles au second, & ainsi du reste; quant à la ligne des collateraux, elle commence par les freres & sœurs, & continuë par la suite des generations.

Mais entre les enfans & descendans, il y en avoit qui étoient sous la puissance des peres, & d'autres qui en étoient sortis par l'émancipation, ou par quelque autre voye, ou qui n'y avoient jamais été sujets, comme étoient les enfans à l'égard des meres; pour les collateraux on distinguoit les *agnats* & *cognats*. Les premiers étoient les parens par la ligne masculine, qui descendoient d'une même souche masculine, sans que l'agnation eût été jamais interrompuë par aucun moyen; les cognats étoient les parens ou du côté des femmes, ou qui étoient parens du côté du sexe masculin, mais qui avoient perdu le droit d'agnation.

L'ordre des successions étoit réglé par cette difference de parenté, par la loi des douze tables, l'Edit du preteur, les Senatusconsultes & les constitutions des

Empereurs. Les enfans étoient appellez les premiers, parce que la succession des peres & meres leur est destinée par le vœu commun de la nature & des peres & meres, & ce n'est qu'en leur défaut que les peres & meres sont appellez à la succession de leurs enfans, lorsqu'un renversement malheureux de l'ordre de la mortalité oblige la loi d'adoucir par cette consolation le malheur d'avoir perdu leurs enfans leg. *nam etsi*, ff. *de inof. testam.* après les descendans & ascendans, venoient les collateraux.

Ainsi la loi des douze tables appelloit d'abord à la succession du pere les enfans du premier degré qui étoient sous sa puissance au temps de son décès. Ensuite les agnats les plus proches; en défaut de tous ceux-là, le preteur accordoit la succession aux cognats.

Enfin on a considéré que le pere & les enfans étant à cause de l'étroite union comme même personne, qu'il étoit juste & nécessaire pour le soutien de diverses branches qui sortent d'une même souche que le fils qui avoit laissé des enfans venant à mourir avant son pere, les enfans de ce fils succedassent à son droit, comme representans sa personne; la loi les

reçut à cette succession par droit de représentation, qui a lieu à l'infini dans la ligne des descendans à leur profit; ces enfans succèdent par fouches, & non par têtes; en sorte que tous les enfans du fils précédé, en quelque nombre qu'ils soient, ne prennent ensemble qu'une portion égale à celle d'un de leurs oncles, comme il est fort bien expliqué dans le §. *cum filius* du titre de *hereditatibus quæ ab intestato deferuntur*, des instituts de Justinien, qui fonde ce droit de représentation sur l'équité, *æquum enim esse videtur nepotes neptesque in patris sui locum succedere*, & qui après avoir dit que *placuit nepotes neptesse in parentis sui locum succedere*, ajoute *conveniens esse visum est non in capita, sed in stirpes hereditatem dividi*.

Comme il y avoit eu divers changemens concernant les successions, & qu'il avoit été fait un si grand nombre de loix qu'elles rendoient cette matiere difficile & embarrassée; Justinien a jugé à propos d'établir un droit clair, certain, & de plus tres-raisonnable par la nouvelle 118. dans laquelle il commence par abroger toutes les loix différentes; & après avoir supposé les trois especes de parens qui sont les descendans, ascendans & collateraux,

il ordonne que les descendans seront toujours preferéz , sans difference de sexe ni d'émancipation , & il admet la representation & succession *per stirpes*; en leur défaut il appelle les ascendans , en telle sorte que les plus proches d'entr'eux recueillent l'heredité qu'ils partagent , non point par têtes , mais par lignes , c'est-à-dire , que les parens paternels en prennent la moitié , & les maternels l'autre ; de maniere que si le defunt qui n'a point laissé de pere ni de mere survivans , avoit un ayeul paternel d'un côté & de l'autre un ayeul & une ayeule maternels à lui survivans , l'ayeul paternel emporteroit lui seul la moitié de l'heredité , & les deux autres la moitié restante. Le même Justinien par cette nouvelle fait concourir avec les ascendans les freres & sœurs germains , c'est-à-dire qui sont de même pere & mere , & ainsi conjoints des deux côtez & exclut par consequent les freres & sœurs consanguins & uterins.

Ce concours des freres & sœurs germains avec les ascendans , fait naître une difficulté assez considerable : car on est en peine d'expliquer quelle doit être la portion d'un chacun , & de sçavoir s'ils doivent succeder chacun à une portion vi-

rile ou autrement ; supposons par exemple que le defunt ait laissé dans la ligne des ascendans , d'un côté son ayeul paternel & de l'autre son ayeul & ayeule maternels, & dans la ligne des collateraux deux freres ou sœurs germaines , voilà cinq personnes qui doivent lui succeder ; aux termes de la nouvelle faudra-t-il faire cinq portions égales & en donner une à chacun , en sorte que par la rencontre & le concours des freres & des ascendans , ils soient tous mis au même niveau , & que chacun des ayeul & ayeule maternels en aient autant que l'ayeul paternel ? Il semble que cette interpretation détruiroit la disposition formelle de la nouvelle qui veut que la succession soit partagée entre les ascendans par degrez , sans avoir égard au nombre des personnes , de maniere qu'un seul ascendant d'un côté en doit avoir autant que les deux de l'autre ; c'est pourquoi Fernand en son traité des successions *ab intestat* , sur ladite nouvelle & le paragraphe *consequens* , nomb. 22. a cherché un moyen de concilier cette espece de contrariété, en disant que pour regler la portion des freres on divise l'heredité en cinq portions égales , par rapport au nombre des personnes qui doivent succeder , & que

*vid. maynard*  
*Liv. 6. ch.*  
 93

de ces cinq portions, chacun des deux freres ou sœurs en prendra une, & que les autres trois seront divisées par moitié; de telle maniere que l'ayeul paternel aura seul la moitié des trois parties restantes, c'est-à-dire, une portion & demie, & l'ayeul & ayeule maternels, l'autre portion & demie.

Après les descendans & ascendans vient l'ordre des collateraux, dans lequel, suivant le Droit écrit, les freres germains succedent les premiers, & après eux les freres & sœurs consanguins & uterins, si ce n'est qu'il fût question de la succession d'un frere deférée à des neveux fils d'un autre frere ou sœur predecedez: car alors Justinien leur accorde le droit de representation, par le moyen de laquelle ils entrent dans le lieu & place de leur pere, & prennent la même portion que leur pere eût recüeillie, s'il eût été en vie au temps du decès de celui de la succession duquel il est question, ce qu'il leur a même accordé par la nouvelle 127. lorsque les freres & ascendans concourent dans la succession.

On voit donc l'usage de la representation qui a été reçu pour remedier à l'inconvenient de la regle ordinaire des suc-

cessions legitimes par laquelle les plus proches en la ligne des collateraux, où ceux qui sont de la ligne precedente sont appellez à l'exclusion des plus éloignez, ce qui étoit fort injuste, sur tout à l'égard des descendans, dont la nature desire la propagation, laquelle ne peut subsister long-temps si tous les descendans ne participent aux biens de leurs parens; ce qui a fait, comme l'a remarqué Charondas en ses pandectes du Droit François liv. 3. chap. 12. que la representation a été reçûë par toutes les nations qui connoissoient l'usage du Droit, & est devenuë comme une espece de Droit des gens, & s'étend à l'infini dans la ligne des descendans; mais elle n'a point lieu au profit des ascendans, ni en faveur des collateraux au-delà des fils des freres, qui ont droit de représenter leurs peres dans le concours des freres du defunt, qui sont leurs oncles, & même dans le concours des ascendans avec lesdits freres.

Il est facile d'inferer de ce qui vient d'être dit que la representation n'a pas lieu en matiere de fideicommiss, parce qu'elle n'est que pour les successions *ab intestat*, & non pas pour les testamentaires; c'est ainsi que le tient ce semble avec raison le

même Charondas au chap. déjà cité, & qu'il prouve par plusieurs textes du Droit & par la doctrine de Mainard liv. 5. chap. 45. qui en rapporte un préjugé, & qui fait voir qu'on ne suit pas l'opinion contraire de Fernand au traité déjà cité lequel admet la représentation ès fideicommiss au profit des descendans du testateur.

Il faut remarquer que la nouvelle a abrogé, ou du moins rendu inutiles les Senatusconsultes Tertilien & Orphitien, & toutes les loix du code concernant les successions *ab intestat*, comme aussi les titres *unde liberi, unde cognati* & autres semblables, comme l'a fort bien remarqué Charondas au lieu ci-dessus rapporté, ce qui fait que nous n'en parlerons point du tout. Mais c'est une question qui se presente souvent, de sçavoir jusqu'à quel degré de parenté s'étend le droit de succeder *ab intestat*. Fernand sur le §. *si verò neque fratres* de la même nouvelle décide qu'il va jusqu'au dixième degré, suivant le §. dernier de *successione cognatorum* aux instituts; mais il avoue que pour les Royaumes, Principautez, Marquisats, Comtés & Duchés souverains, le droit de succeder s'étend jusqu'au douzième degré & plus loin, ce qui est indubitable, & même

me pour le Royaume de France, la loi Salique appelle les parens mâles du Roy decedé plus proches descendans de la Famille Royale & de la branche des aînez par ordre de primogeniture à l'infini.

Charondas en l'endroit deja cité enseigne que l'ordre des successions n'a point de bornes, ni en la ligne des descendans ni en celle des collateraux, tandis que la parenté est connue & justifiée; & passant plus avant il ajoûte que cette parenté est suffisamment justifiée par de simples indices, sans qu'il soit necessaire de prouver la genealogie; comme s'il paroît que celui qui demande la succession en qualité de parent, étoit estimé tel par les habitans du lieu, ou que le defunt le reconnoissoit pour parent, tant verbalement que par écrit, ce qu'il confirme par un Arrest du Parlement de Paris: & cette opinion semble tres-raisonnable, lorsqu'il n'est question que d'exclure le fisc; mais elle peut recevoir plus de difficulté quand il s'agit d'exclure la femme & le mari qui sont appellez à la succession en défaut des parens, par le titre *unde vir & uxor*, lequel la plus grande & la plus saine partie des Docteurs François tient être observé en France suivant le témoignage du même Charondas

au même lieu, ce qui semble tres-équitable, parce qu'en premier lieu Justinien n'a pas touché au droit de la femme & du mari par la nouvelle 118. n'ayant fait que regler l'ordre de la succession entre les parens; & en second lieu, parce qu'en défaut des parens, il est tres-juste que les conjoints ayant travaillé à acquérir & conserver les biens, le survivant continué de les posséder à l'exclusion du fisc, qui n'est admis que quand il ne paroît personne qui ait un droit favorable pour succéder.

La forme des successions legitimes marquée par la nouvelle 118. est ponctuellement observée dans le pays du Droit écrit; mais il n'en est pas de même dans le pays du Droit coûtumier, où il y a une regle generale reçüe par toutes les Coûtumes, appellée communement, *paterna paternis, materna maternis*, qui a lieu pour la succession des collateraux. Elle est rapportée dans l'article 326. de la Coûtume de Paris en ces termes, *aux heritages propres succedent les parens qui sont les plus proches, du côté & ligne dont sont advenus & échus au defunt lesdits heritages, encore qu'ils ne soient plus proches parens du defunt, hors & excepté qu'en fiefs, le mâ-*

le *exclud les femelles en pareil degré*, ce qui s'entend suivant l'article 329. de la même Coutume, & comme il est marqué par M. Louët & par Brodeau lettre P. somm. 47. des parens, quoique non descendus; mais seulement qui sont du côté & ligne de celui par lequel les heritages ont été acquis & sont échus au defunt: & cela a lieu suivant le sentiment du même Brodeau pour les biens mêmes qui n'ont point fait souche dans la ligne directe, non pas par la force de la regle *pater-na paternis, materna maternis*, qui ne peut avoir son effet que pour les biens propres provenans de la ligne directe; mais parce qu'il a été trouvé juste de conserver les heritages dans la famille dont ils sont provenus; ainsi les parens du côté & ligne, quoique plus éloignez excluent de la succession de ces biens les autres parens, quoique plus proches, contre la regle du Droit Romain qui defere toujours la succession au plus prochain; à quoi cependant il faut revenir, lorsqu'il n'y a aucun parent de la ligne dont les biens en question sont provenus, comme le décide l'art. 330, de la Coutume de Paris.

Mais cette forme de succeder n'a lieu que pour les propres; car à l'égard des

meubles, acquêts & conquêts, lorsque les enfans decedent sans enfans, le pere & la mere ou autres ascendans y succedent par l'art. 311. & en défaut d'eux les collateraux plus proches sans distinction de ligne, suivant l'art. 325. de la même Coutume.

L'ordre de la succession des propres reçoit une exception par le droit de retour, qui a lieu lorsque le pere ou la mere ont fait donation à quelqu'un de leurs enfans en contrat de mariage ou autrement; car si l'enfant donataire vient à deceder sans enfans avant le donateur, le donateur succede à la chose par lui donnée.

Le droit de retour fut premierement introduit par le Droit Romain, à l'égard de la dot constituée par le pere de son bien propre appelée *dos profectitia*, cela fut accordé *solatii loco*, & *ne filia amissa & pecunia simul damnum sentiat*, comme il est dit par la loi *jure succursum*, ff. *de jure dotium*, & la loi *dos à patre profecta*, cod. *soluta matrimonio*. Dans la suite ce droit fut étendu par la loi 2. cod. *de bonis qua liberis*, à la donation à cause des nôces que le pere faisoit à son fils, par une autre raison politique qui regarde même l'interêt des donataires, *quia prospiciendum est ne*

*bac injectâ formidine, parentum liberalitas retardetur*; c'est pourquoy le droit de retour fut reçu à l'égard de toutes sortes de biens donnez par le pere ou l'ayeul paternel, suivant la nouvelle 25. de l'Empereur Leon.

Mais enfin il a paru si favorable pour faciliter les constitutions des dots & les donations, que par la Jurisprudence des Arrêts du Parlement de Toulouse, il a été déclaré qu'il devoit avoir lieu non seulement au profit des peres, meres & autres ascendans; mais encore de quelques collateraux, comme des freres, oncles & tantes, ainsi que le declare M. Dolive liv. 4. chap. 7. & Cambolas liv. 1. chap. 5. & liv. 6. chap. 14.

Le droit de retour a lieu dans tout le pays coûtumier, ainsi que l'observe M. Loüet lettre P. somm. 47.

Nonobstant la regle qui est generalement établie presque par toutes les Coûtumes, que propre ne remonte, les donateurs dont il vient d'être parlé excluent donc tous les successeurs ab intestat, de la succession des biens donnez, par la force de ce droit de retour; & on l'a jugé avoir lieu, non seulement par le predecès du donataire sans enfans, mais encore par

celui de ses enfans ou descendans , en telle sorte que si le donataire mourant , laisse des enfans , le droit de retour est empêché par leur existence ; mais si ces enfans viennent encore à mourir avant le donateur , il exercera le droit de retour à l'exclusion de tout autre heritier legitime de ses enfans , comme il a été jugé par les Arrêts rapportez par M. Duranty, quest. 1. & c'est ce qui a fait dire aux Praticiens que le droit de retour est plus fort que celui de succession : Il a de plus cet avantage dans le Parlement de Toulouse que les biens retournent au donateur, libres & exempts de toutes hypotheques contractées par le donataire, à la reserve de la dot de sa femme, lorsque c'est elle qui la repete, & non pas quand c'est un heritier étranger, ainsi qu'il a été fort bien remarqué par M. Dolive liv. 4. chap. 8. en sa nouvelle addition.

Le rapport que le Droit Romain appelle *collatio* , est encore quelque chose de particulier dans la succession ab intestat, à l'égard de quelques-uns des heritiers, en ce qu'ils les oblige de rapporter à la masse de la succession, ce qui leur a été donné par le defunt, & de le partager ensuite également avec les autres coheritiers. Le Droit de rapport fut introduit

originaiement dans le Droit Romain par le Preteur, lequel ayant plus d'égard au Droit naturel de la filiation qu'à l'ancienne rigueur du Droit Civil, ne regloit la succession legitime, que sur la puissance paternelle, appella les enfans émancipez à la succession de leur pere, sans s'arrêter au testament, par lequel ils avoient été préterits, & leur accorda pour cet effet le benefice de la possession des biens *contra tabulas*. On les appella à la succession comme enfans, & par le titre *unde liberi*; mais comme par ce benefice il auroit été fait préjudice aux enfans retenus sous la puissance, & qu'il y auroit eu une grande inégalité entre tous les enfans, si les émancipez eussent emporté une partie des biens qui appartenoient entierement aux autres par cette rigueur du Droit Civil; le Preteur declara que les émancipez qui viendroient à la succession avec les enfans restez en la puissance du pere, seroient tenus de rapporter les biens qu'ils avoient acquis depuis l'émancipation: *consequens est*, dit Ulpien, en la loi 1. ff. *de collatione bonorum, ut sua quoque bona in medium conferant qui appetunt paterna*; ce qui fait voir que le rapport a pour unique fin l'égalité entre les enfans retenus

sous la puissance & les émancipez ; au surplus la nouvelle 18. de *triente & semisse*, a fait encore un changement en cette matiere qui consiste en ce que le rapport n'avoit lieu par le Droit ancien du dig. & du code, qu'en la succession ab intestat, au lieu que par cette nouvelle, il doit être fait aussi lorsqu'il y a testament, si ce n'est que le testateur l'ait expressément défendu, ce qui paroît encore par l'authentique *ex testamento*, du même titre de *collationibus* au code, tirée de cette nouvelle.

Il se voit même par la lecture des titres de *collationibus* déjà citez, que le rapport n'a lieu, qu'en la succession des descendans aux ascendans, & en leur faveur seulement & non pas en celle des collateraux, ni selon l'opinion de plusieurs, lorsque les ascendans succedent à leurs descendans. On peut voir toutes les décisions qui regardent cette matiere dans le traité que Vinnius a fait des rapports, où il explique fort au long quelles sont les choses qui sont ou ne sont pas sujettes au rapport, & sur tout cette regle generale qui est établie en la loi *illud*, que tout ce qui est imputé en la legitime est sujet au rapport ; mais que tout ce qui est rapportable n'est pas sujet à l'imputation en la le-

gitime ; enfin il fait observer que le pecu-  
 le castrense ou quasi castrense & adven-  
 tif, & tout ce qui est acquis au fils de fa-  
 mille en propriété, ne doit pas être rap-  
 porté, suivant la loi dernière, *cod. de col-  
 lationibus*. Il traite encore la question des  
 donations entre-vifs, & il estime qu'elles  
 ne doivent point être rapportées, suivant  
 la loi 18. *cod. famil. ercisc.* Mais il remar-  
 que en même temps fort à propos que le  
 contraire est généralement observé en  
 France, par cette raison que les donations  
 entre-vifs sont imputées en la legitime,  
 & par conséquent doivent être rapportées  
 suivant la règle ci-dessus remarquée : à  
 quoi il faut encore ajouter ce que dit  
 Loiseau en son traité des offices liv. 3.  
 chap. 10. où il assure qu'en France le rap-  
 port n'est fondé que sur l'égalité qui doit  
 être entre les enfans succedans ab intestat,  
 & dans le pays coutumier particuliere-  
 ment sur ce principe, qu'un pere ne peut  
 pas avantager un de ses enfans venans à  
 la succession, plus que l'autre. Il ajoute  
 encore qu'en France les fruits ne sont rap-  
 portez que depuis la succession échue,  
 parce que comme dit Charondas liv. 3.  
 chap. dernier de ses pandectes du Droit  
 François, l'enfant auquel le pere a donné

quelque chose par avance, en est possesseur de bonne foi, & par cette raison fait les fruits siens, jusqu'au jour qu'il vient à avoir part aux fruits de l'entiere succession, qui est celui auquel elle est échue: & si on n'en usoit pas ainsi la restitution des fruits depuis le temps de la donation emporteroit au donataire son entiere portion en la succession; c'est pourquoi on a fort justement abandonné la disposition contraire du Droit Romain contenüe en la loi *Titius*, sur la fin, au dig. de *coll. dot.* Mais le donataire peut s'il veut conserver la donation entiere en repudiant la succession; au contraire s'il l'accepte, il doit rapporter non seulement ce qui lui a été donné personnellement, mais même ce qui a été donné à son pere ou à sa mere, dont il tient la place encore qu'il repudie leur heredité, suivant le sentiment du même Charondas.

Les peines des secondes nôces sont encore à considerer pour regler les successions ab intestat; car en premier lieu dans les Parlemens de Droit écrit, excepté celui de Bordeaux, les femmes qui se remarient dans l'an du düeil, ne peuvent succeder ab intestat à leurs parens collateraux, que jusqu'au troisiéme degré du Droit

Civil, suivant la loi *i. in fine*, au code de *secundis nupt.* & celles qui se remarient après l'an, ne succèdent qu'en simple usufruit à leurs enfans du premier lit, quant aux biens provenus de leur premier mari, suivant la loi *foemina*, & l'authentique *in testamento*, du même titre. Dans le pays coûtumier, on observe l'Edit qu'on appelle communement l'Edit des secondes nôces, lequel contient deux chefs. Par le premier, il est défendu aux femmes d'avantager leur second mari, plus que l'un de leurs enfans. Par le second, il est enjoint aux veuves qui se remarient de réserver à leurs enfans du premier lit tout ce qu'elles ont reçu & profité de la libéralité ou communauté de leurs premiers maris.

Enfin dans le pays coûtumier les aînez ont un droit particulier dans la succession legitime, qu'on appelle droit d'aînesse; c'est un preciput qu'ils ont à l'exclusion des autres enfans puînez: il est differen suivant la diversité des Coûtumes; mais dans celle de Paris, qui est la Coûtume dominante, l'aîné doit avoir par preciput suivant l'art. 13. du titre des fiefs, le château, ou principal manoir & basse-cour attenant & destinée à icelui, encore

que les fossez du château, ou quelque chemin fût entre deux, & outre lui appartient un arpent de terre de l'enclos, ou jardin joignant ledit manoir; & par l'article 15. lorsqu'il n'y a que deux enfans, venans à la succession de leur pere & mere, l'aîné a les deux tiers des fiefs & des heritages tenus noblement outre le principal manoir, & l'autre enfant le tiers; & par l'art. 16. s'il y a plusieurs enfans excedans le nombre de deux, l'aîné a un hôtel, tel qu'il lui plaît de choisir, & la moitié des fiefs & heritages tenus noblement, & les autres enfans l'autre moitié.

Au reste ce droit d'aînesse n'appartient qu'aux mâles, par la Coûtume de Paris: on peut voir cette matiere traitée plus amplement dans les Commentateurs de cette Coûtume, & particulièrement dans le traité qu'en a fait M. Tiraqueau, qu'il a intitulé *de jure primogeniorum*.

## CHAPITRE II.

### *Des obligations.*

**L**E second livre, & tout ce qui precede celui-ci, a été employé à traiter

des moyens, soit particuliers, soit universels, d'acquiescer la propriété des choses corporelles & des droits incorporels, après quoi il est indispensable & nécessaire de passer aux moyens d'acquiescer les actions, par lesquelles nous pouvons contraindre ceux avec qui nous traitons & avec qui nous avons quelque affaire, de nous donner ou faire quelque chose : c'est ce que nous faisons en vertu des obligations qui sont contractées par les conventions, l'entretien & l'exécution desquelles est le plus ferme lien de la société civile : c'est pourquoi le Jurisconsulte dans la loi 1. ff. de pactis, appelle la bonne foi & la fidélité pour l'exécution des conventions, *fidem humanam*, & dit, *nihil tam congruum fidei humana quam ea que placuerunt inter eos servare*; car *fides humana* n'est autre chose, que cette nécessité absolue de garder la foi des conventions, lesquelles produisent par le droit des gens une obligation naturelle, qui nous oblige en honneur & en conscience de tenir ce que nous avons promis, *is natura debet, quem jure gentium dare oportet, cujus fidem secuti sumus*, leg. 84. §. 1. ff. de regulis juris.

Mais cette obligation naturelle ne pro-

duit pas toujours des actions, en vertu desquelles on puisse contraindre ceux avec qui on a fait des conventions: parce qu'encore que l'observation de toutes les conventions, qui n'ont rien de contraire aux bonnes mœurs, ni à l'honnêteté, soit ordonnée par le droit de gens, néanmoins ceux qui ont eu le Gouvernement des republicues, & des Etats, n'ont pas crû qu'il fût nécessaire d'accorder des actions pour toutes sortes de conventions, & ils en ont restreint l'usage à l'égard de quelques-unes seulement qui sont plus ordinaires & plus importantes pour le commerce de la société civile, n'estimant pas qu'il fût à propos d'en accorder pour toutes sortes de choses, afin de ne point faciliter les fréquentes occasions de plaider, & pour ne pas ôter le mérite de l'exercice volontaire de la bonne foi, *fidem expectare quàm cogere maluerunt*, comme dit Vinnius; enforte qu'ils ont même à l'occasion des conventions approuvées prescrit une formule certaine des actions de laquelle il n'étoit permis de changer une syllabe, sans courir risque de perdre l'utilité des actions

Les premières conventions furent pour la vente & achat, le bail & prise à loyer, la

société, le mandat, le prêt gratuit, qu'on appelle *commodat*, le dépôt, le prêt appelé *mutuum* & autres semblables; ces conventions furent qualifiées du nom de contrats, parce qu'elles produisent des actions, comme il est dit dans la loi *juris gentium* 7. ff. de *pactis: conventiones quæ pariunt actiones, in suo nomine non stant, sed transeunt in proprium nomen contractus*; quelques-unes furent trouvées d'une si grande utilité & nécessité, qu'on voulut que le contrat fût rendu parfait par le seul consentement réciproque, qui produit une action pour contraindre le refusant à l'exécution de ce qui a été convenu: il en est parlé dans le titre des instituts de Justinien de *obligationibus ex consensu*.

Mais comme entre un si grand nombre de conventions différentes, provenant de la diversité infinie des affaires que les hommes ont à traiter entr'eux, on trouva qu'il y en avoit plusieurs auxquelles on ne pouvoit assigner un nom propre & particulier, *quia plura sunt negotia, quàm vocabula*, comme dit la loi 4. ff. de *prescriptis verbis*, étant néanmoins nécessaire pour l'utilité commune, que les conventions fussent obligatoires, & qu'elles produisissent une action, sur tout lorsqu'elles

avoient été suivies de quelque fait, ou de quelque délivrance, & n'étant pas juste que celui qui avoit reçu, profitât de la perte de celui qui de bonne foi, avoit commencé d'exécuter la convention, on établit que ces sortes de conventions formeroient des contrats innomez; delà nâquit une action à laquelle on donna le nom d'action *in factum* ou *præscriptis verbis*, parce que suivant le sentiment de la plûpart des Jurisconsultes, elle ne pouvoit avoir de formule ordinaire & certaine, comme celle résultante des contrats qui avoient leur nom particulier & leur nature réglée & déterminée.

On observe que ces contrats innomez pouvoient se reduire à quatre especes; lçavoir, lorsque je donne à quelqu'un, afin qu'il me donne quelque chose à son tour, *do ut des*, ou qu'il fasse, *do ut facias*, ou que je fais afin qu'il me donne, *facio ut des*, ou que je fais afin qu'il fasse, *facio ut facias*; ces conventions ayant un grand rapport & une grande ressemblance aux contrats qui ont leurs noms propres, on reconnut qu'il y avoit parité de raison d'accorder une action à celui qui avoit donné ou fait, afin de contraindre l'autre à donner ou faire à son tour ce qui

avoit été convenu, & c'est ce que le Jurisconsulte Ulpien dit, *si in alium contractum res non transeat, subsit tamen causa, eleganter Aristo respondit hoc synnallagma, id est contractum esse, & hinc nasci obligationem.* Mais si la convention étoit nuë, c'est-à-dire, qu'elle ne fût suivie d'aucune execution, elle ne produisoit point d'action, *si intra placiti fines stetit ex pacto jure nostro, non nascitur actio,* leg. 27. cod. de locat. & conduct. En effet c'étoit une regle generale qu'un simple pacte ne produisoit pas d'action; & si le Preteur suivant l'équité naturelle avoit promis de faire observer les pactes, ce n'étoit que par voye de simple exception; il n'y avoit que les pactes inferez dans les contrats de bonne foi, lorsqu'ils étoient connus, qui étoient censez faire partie du contrat & produisoient leur action, c'est-à-dire, étoient ajoûtées & inferées à la formule ordinaire, comme il est dit dans le §. *igitur*, en la loi *juris gentium*, ff. de *pactis*; mais afin que les simples conventions fussent rendues obligatoires, on avoit imaginé de leur donner force & vigueur, au moins par le moyen de l'exception, selon la loi 13. de *pactis* au code. Enfin le Preteur en défaut de tout cela, accordoit

une action qu'on appelloit *in factum proætoria* ; sinon on avoit recours à celle de *dolo*.

L'usage de France n'a point adopté toutes ces subtilitez : Par l'Ordonnance de Moulins, & par celle de 1667. art. 2. du titre *des faits qui gisent en preuve*, on ne reçoit point la preuve par témoins des conventions qui excèdent la somme de 100. livres ; ce qui fait qu'on n'a égard qu'aux conventions qui sont passées par écrit, & elles sont toutes obligatoires : quant à celles sur lesquelles on a passé un contrat public, c'est à dire, pardevant Notaire, & sous l'autorité du Scel Royal ou authentique, on a coûtume par le stile commun des Notaires, d'y insérer toujours la clause de stipulation, d'énoncer que les parties ont stipulé & accepté, & voilà ce qui fait que la convention n'est jamais simple pour les promesses faites sous seing privé : la stipulation y est aussi sous-entenduë, & censée contenuë dans le terme de promesse & d'acceptation, & dans la reception du billet par celui à qui il a été remis & qui en est le porteur ; on a fait une application particuliere de la maxime qu'il faut que *subsistat causam contractatur obligatio que pariat actionem* ;

car afin que les obligations & promesses soient valables, on exige qu'elles soient faites pour quelque cause juste & legitime qui soit exprimée dans le contrat & billet sous feing privé, telles que sont les conventions faites dans les contrats nommez ou innommez & approuvez par les loix, sans quoi elles sont declarées nulles, comme contenant une circumvention, & une mauvaise voye de s'enrichir aux dépens d'autrui. Il est vrai que quelquefois quoique la cause ne soit pas exprimée, on la sous-entend & on l'induit des circonstances du fait & de la qualité des parties; ainsi quand un gentilhomme ou un homme versé dans les affaires, fait promesse sous signature privée ou par contrat, de payer 100. écus, encore qu'il ne soit pas exprimé dans le billet ou contrat, pour quelle cause il les doit, on presume que c'est pour cause de prêt ou pour quelque autre cause legitime, parce qu'il n'y a pas apparence que telles personnes se soient obligées sans raison & sans sujet, & que l'on voit journellement qu'ils n'ont pas coûtume d'user de tant d'explications dans leur promesse, dont ils font profession d'être exacts observateurs, c'est de quoi Charondas liv. 2. chap. 25. rapporte

des Arrests du Parlement de Paris, & M. Mainard du Parlement de Toulouse. Le même Charondas au chap. 24. precedent observe que le Parlement de Paris a reprové des conditions dépendantes d'évenemens incertains inferez dans des obligations; par exemple, dans l'espece d'un homme qui avoit vendu un cheval 60. écus, payables par l'acheteur d'abord que sa femme auroit un enfant, cet acheteur fut condamné à payer le prix du cheval, comme il valoit au temps de la vente & achat, & il en est de même des conventions de vente & d'achat faites à condition de payer, prête, mort ou marié, & de toutes celles de jeux de hasard, qui sont par cette raison défendues par les loix & par les Ordonnances: loin qu'elles produisent aucune action, l'argent gagné au jeu, aux mineurs & fils de famille, peut être repeté par leurs peres, tuteurs & administrateurs, comme il se voit par l'art. 138. de l'Ordonnance de 1629.

Les obligations personnelles sont aussi bien contractées & établies par les billets sous seing privez, que par les contrats ou actes publics, comme on voit dans l'Ordonnance de Moulins, & dans celle de 1667. Mais il y a cette difference que les

DU DROIT FRANÇOIS. 501  
actes publics emportent hypothèque de  
plein droit, sans même qu'elle soit stipu-  
lée & execution parée & provisionnelle,  
nonobstant procès, c'est-à-dire, qu'on  
peut en vertu d'un contrat public & au-  
thentique saisir d'abord les biens de son  
debiteur, & que le creancier peut toucher  
sans aucun retardement son paiement par  
provision, quoique le debiteur conteste la  
dette & qu'il demande la cassation du  
contrat; c'est pourquoi on dit en pratique  
que les contrats publics emportent garni-  
son de la main du creancier. Les promesses  
& obligations sous seing privé, n'ont pas  
le même avantage; elles ne donnent hy-  
potheque & execution parée que du jour  
de l'aveu & reconnoissance faite en ju-  
stice ou pardevant Notaires, ou au défaut  
de ce, par la condamnation ordonnée par  
le Juge, qui même ne les considere que  
comme ayant date du jour qu'elles ont  
été représentées, & qu'on a agi en con-  
sequence.

Justinien definit l'obligation, un lien  
du droit en vertu duquel nous sommes  
contraints de faire ou de payer quelque  
chose; c'est en cette contrainte que con-  
siste précisément l'effet & l'essence de  
l'obligation leg. *obligationum substantia*, ff.

*de obligat. & act.* Pour la validité des obligations, il faut qu'elles soient libres dans leur commencement, parce que ce sont des pactes qui étant *duorum vel plurium in idem placitum consensus*, doivent être faits avec une entière liberté; mais après qu'ils ont été passez, on n'en peut point refuser l'exécution ni s'en départir sans le consentement reciproque de l'autre partie, *sicut initio libera potestas unicuique est habendi vel non habendi contractus: ita renunciare semel constitutæ obligationi, adversario non consentiente, nemo potest* l. 5. cod. *de oblig. & actionibus*. L'obligation est appelée lien de droit, ce qui s'entend du Droit Civil, comme il est expliqué par Justinien en ces termes, *secundum nostræ civitatis jura*, qui sont le Droit Civil établi par les loix, les mœurs & l'autorité du prêteur, & par l'obligation civile, qui est distinguée de la naturelle, laquelle ne produit aucune contrainte par voye d'action & d'autorité des jugemens; mais seulement une simple exception pour repousser l'action, qui est le droit que chacun a de demander ce qui lui est dû.

Pour faire entendre les termes, *secundum nostræ civitatis jura*, Justinien donne d'abord la division des obligations en

civiles & pretorienes, dont les premières sont celles que la Loi ou le Droit Civil ont approuvées & autorisées, & les autres celles qui ont été établies par l'autorité du Prêteur; mais en France on ne fait aucune attention sur cette différence d'origine, parce qu'elles ont toutes le même effet, suivant même la constitution de Justinien adressée aux professeurs, où il déclare que tout ce qu'il a renfermé dans le recueil des loix, aura une autorité entièrement égale.

Mais la seconde division des obligations en quatre espèces, a été approuvée par toutes les nations qui ont unanimement reconnu, que l'on pouvoit être obligé par contrat, quasi contrat, delit ou quasi delit, & que les obligations par contrat sont encore subdivisées en quatre espèces, ou du moins en trois; car on contracte par la chose, par les paroles & par consentement.

Toutes les obligations conviennent en ce point que le consentement des contractans est nécessaire, afin qu'elles soient formées & établies; mais il y en a qui outre le consentement ont besoin de la tradition, comme le prêt, le commodat, le gage & le dépôt, & cette différence

provient de la nature des choses, & de l'exigence des cas, qui ont porté les hommes à s'entre-secourir dans leur besoin par la tradition des choses, dont ils ont à faire, ce qui a donné lieu à ces contrats dont le lien est par consequent établi seulement & parfait par la seule tradition, au lieu que dans la vente, le loyer, la société & le mandat, on ne demande que le seul consentement.

Les premiers de ces contrats qui sont consommés par la tradition de la chose, est le prêt qui consiste à bailler à quelqu'un argent monnoyé ou choses qui ont poids, nombre & mesure, pour s'en servir aux usages pour lesquels il en a besoin, & pour en disposer de la manière que bon lui semblera; & c'est par cette raison que les choses prêtées sont nécessairement acquises en propriété au débiteur; & qu'il n'est pas obligé de rendre les mêmes espèces qu'il a prises, mais d'autres de pareille bonté & valeur, parce que s'il étoit contraint de rendre les mêmes espèces, il ne pourroit pas s'en servir, puisque l'usage de l'argent & autres choses qui peuvent être prêtées, en fait leur consommation: c'est ce que signifient ces paroles si célèbres de la loi 2. ff. de rebus creditis

que

*qua in genere suo functionem recipiunt per solutionem, quam specie: c'est-à-dire que* le debiteur pour faire le payement ne doit pas rendre les mêmes pièces qu'il a consommées; mais d'autres de même genre, parce qu'elles sont d'une valeur semblable, & les unes tiennent la place des autres, *aliarum vice funguntur*. De ce même principe s'ensuit que la perte des choses prêtées depuis la tradition, même par cas fortuit, tombe sur le debiteur, & non pas sur le creancier, parce que c'est une maxime generale que *res domino perit, leg. 9. cod. de pignoratitia actione*. Il n'en est pas de même du commodat, du gage & du dépôt, parce qu'ils ne transfèrent pas la propriété; mais seulement la commodité de l'usage, la sureté & le droit de garder les choses prêtées, engagées, ou déposées, ce qui fait que les commodataires, engagistes ou depositaires, sont tenus de rendre les mêmes choses qu'ils ont reçues, & qu'ils ne sont responsables des cas fortuits s'ils ne les ont pas occasionnez par leur negligence, leur faute & leur dol.

Il est aussi de l'essence du prêt, par la même raison, d'être gratuit, parce qu'étant contracté par la chose, il ne peut produire d'autre obligation que de rendre

ce qui est donné ; c'est pourquoi celui qui n'a emprunté que dix écus, ne peut pas être valablement obligé d'en rendre onze, leg. *rogasti*, § 1. ff. *de rebus creditis*, & delà vient que c'étoit une regle du Droit Romain, qu'il n'étoit dû aucun intérêt du prêt seul ; mais s'ils étoient stipulez, ils étoient exigibles en vertu de la stipulation, leg. 3. cod. *de usuris*, & non pas en vertu du simple pacte qui ne suffisoit pas, pour contraindre à payer les intérêts ; & lorsque l'intérêt étoit stipulé, il n'étoit pas un simple prêt & *mutuum*, mais *foenus*, ou argent à usure, leg. *principalibus* & *seq.* ff. *de usuris*. Cela n'étoit permis pour le prêt que lorsque le débiteur étoit en demeure de payer au temps convenu leg. 9. ff. *de usuris*, leg. 17. §. *si pupillo eodem*. En ce cas il étoit tenu de payer ces usures pour punition de son retardement & afin que le créancier ne souffrît aucun dommage du défaut de paiement, car il pouvoit prendre des usures pour se dédommager leg. 6. ff. *pro socio* ; & on peut dire que les Canonistes & les Theologiens n'ont pas bien pénétré la disposition des Loix Civiles, lorsque pour défendre absolument les usures en cas de prêt d'argent, ils se sont servis de cette

raison, que le prêt étant gratuit de sa nature & n'obligeant le debiteur de rendre seulement que ce qu'il a pris, on ne peut le surcharger de l'augmentation des usures; parce que ce n'est pas en vertu du prêt que lesdites usures sont exigées, mais en vertu de la stipulation, & ainsi ils devoient s'attacher à faire voir que cette stipulation est illicite, quand elle est appliquée au contrat de prêt: c'est ce qu'il seroit difficile de faire par la raison naturelle & politique, parce qu'il semble que l'usage de l'argent est d'une tres-grande utilité, & est capable d'appretiation & merite quelque retour; & que d'ailleurs cette stipulation étant autorisée par les loix par une consideration politique de la necessité du cours de l'argent & du prêt pour faire valoir & entretenir le commerce, lequel cours cesseroit s'il n'étoit permis de stipuler les usures, parce que ceux qui ont de l'argent aimeroient mieux en faire trafic en leur particulier, que de le prêter inutilement pour eux; & il seroit mal-aisé de soutenir que cette stipulation ne fût pas licite, & qu'elle ne donnât pas droit de prendre ces usures: cependant il faut avoier qu'elles sont reprouvées avec beaucoup de fondement, en consideration de

la perfection de la Loi Evangelique, dont le principal commandement, qui est la charité & l'amour du prochain, exige qu'on secoure dans la necessité ceux qui en ont besoin, sans espoir de retour ni de recompense, *mutuum date nihil inde sperantes*. Ce pretexte deroge à l'indulgence des Loix Civiles, & l'emporte sur la politique du Droit Romain. Les Ordonnances de nos Roix se sont conformées à cette perfection, & n'ont point approuvé les usures qui ne tendent qu'au seul lucre du creancier, & qu'on appelle par cette raison usures lucratoires: elles permettent seulement de donner au creancier quelque chose pour le dédommager du retardement de son payement, & nous n'appelons pas cela usure, mais simple intérêt, qui n'est jamais dû parmi nous par la force de la simple stipulation, mais seulement à cause de la demeure du debiteur; & cette demeure n'est même établie que par l'interpellation judiciaire, c'est-à-dire l'assignation, depuis laquelle seulement les debiteurs sont condamnez aux intérêts, comme il est porté par l'article 60. de l'Ordonnance d'Orleans, qui ordonne nommément que les debiteurs seront seulement condamnez de payer les intérêts

à compter du jour de l'ajournement, depuis lequel ils sont condamnés, en vertu de la seule demande, quoiqu'il n'apparoisse pas que le creancier a souffert quelque dommage, parce que la Loi suppose toujours que dès-lors qu'un creancier demande son argent, il en a besoin & que c'est une juste peine du debiteur qui ne s'est pas mis en état de satisfaire au paiement au temps qu'il avoit promis : mais pour obtenir cette condamnation des intérêts, il faut la demander nommément par son exploit & par sa requête, & il ne suffiroit pas de demander la condamnation de la somme principale, suivant les Arrests rapportez par M. Loüet lettre I. nomb. 8. parce que les intérêts sont quelque chose de distinct & separé du principal & ne doivent pas être adjugez sur la demande d'une chose differente; & son opinion semble plus raisonnable que celle de Guy Pape en la question 405. où il tient le contraire, sur cette raison que les intérêts sont un accessoire du principal, ce qui n'est pas veritable, puisqu'ils ne sont dûs qu'à raison de la demeure, & non pas de la somme principale.

D'où l'on peut tirer, ce semble, cette consequence que les intérêts qui ont été

payez sans ajournement, doivent être imputez au paiement du principal, comme étant indûs & reprouvez par la Loi: c'est ce qui s'observe regulierement au Parlement de Paris, au rapport de M. Loüet & de Brodeau au lieu déjà cité, & à plus forte raison y rejette-t-on les liquidations des interêts qui ont été faites volontairement, sans qu'il y ait eu aucune interpellation en cause qui ait precedé; mais au Parlement de Toulouse les interêts payez volontairement ne sont point imputez sur le principal ni repetez, parce que l'on presume que le debiteur a reconnu que le creancier avoit une juste cause d'exiger l'interêt pour se dédommager de la perte qu'il a faite par le défaut du principal paiement, & par consequent celui des interêts ne peut porter aucun obstacle à la repetition du principal, quand même il excéderoit le double: & M. Loüet & Brodeau au lieu déjà cité rapportent des Arrests du Parlement de Paris, par lesquels dans les causes évoquées du Parlement de Toulouse, il a été jugé après des enquêtes par turbes, sur l'usage du Parlement de Toulouse conformément à cet usage, & il y a plusieurs Praticiens de ce dernier Parlement qui

croient qu'une simple liquidation des interêts faite par le debiteur avec promesse de les payer, stipulation intervenant, oblige le debiteur d'en faire payement; mais on peut avec beaucoup d'apparence opposer à cette opinion que les interêts ne peuvent être dûs *neque ex pacto neque ex stipulatione*, aux termes de ladite Ordonnance d'Orleans qui demande necessairement l'interpellation en cause.

Les marchands font entr'eux une espece de commerce de prêt d'argent qu'ils appellent change, dont l'origine vient de ce que lorsqu'ils veulent aller aux foires celebres de Lyon ou autres Villes du Royaume, ou même des pays étrangers, pour éviter la fatigue de porter l'argent qui leur est necessaire pour leur negoce, ou le danger de le perdre par une infinité d'accidens qui peuvent arriver en chemin ils conviennent avec un banquier ou avec telle autre personne, qu'il leur fera tenir l'argent dont ils ont besoin au lieu dont ils sont convenus moyennant certaine somme qui sera donnée pour la remise de cet argent d'un lieu à un autre. On appelle ce qui est donné pour ce transport le change, qui est réglé à certaine somme par cent plus ou moins, selon la differen-

ce & distance des lieux ; c'est une espece de permutation que les Italiens ont appelée *cambium*, & les François, change. Il n'y a point de doute que cette convention ne soit licite lorsqu'elle est faite sans fraude ; & l'usage en a été trouvé si nécessaire qu'il a été autorisé par les Ordonnances, & par les Arrests des Cours Souveraines, en telle sorte que le commerce de ce change se fait par des simples lettres & billets de change, sans l'intervention d'aucune numeration d'especes ; car le Banquier fournit une lettre de change qu'il adresse au correspondant qu'il a dans le lieu où l'argent doit être compté, lequel il charge de payer la somme contenue dans la lettre de change, qui est souvent tirée sur une simple promesse de celui qui la prend, d'en payer la valeur laquelle promesse on appelle billet de change ; & alors il est simplement énoncé dans la lettre de change que la valeur a été reçue ; & si l'argent a été compté réellement, il est dit que la valeur a été reçue comptant ; & si la lettre de change est acquittée par celui sur lequel elle a été tirée, voilà une affaire finie : mais s'il la refuse, celui qui l'a prise doit faire un acte de protest, afin de faire apparoir de son

refus, en vertu duquel il revient contre le tireur, & lui demande outre le payement du contenu en la lettre de change la restitution de ce qu'il a reçu pour le change, avec les interêts de la somme contenue en ladite lettre : on demande même devant les Juges de la bourse commune des marchands le rechange de trois en trois mois, à compter depuis le protest, sur ce pretexte coloré, que le preneur est obligé de payer un nouveau change pour la remise de la somme contenue en ladite lettre ; mais comme rechange est en effet un interêt excessif, le Parlement de Toulouse ne condamne jamais au rechange, mais à l'interêt depuis l'acte du protest seulement, & au premier change & reforme toujours les appointemens de la bourse qui portent la condamnation du rechange.

De cet usage du change qui a été toléré, & semble même fondé en Justice, les gens avides & les marchands qui ne cherchent qu'à faire des profits immenses & sans mesure, ont introduit une autre espece de change qui est fort pernicieux & fort damnable, à sçavoir de prêter de l'argent au change à raison d'un pour cent, par mois, quoiqu'il n'y ait aucune remise à

faire de l'argent d'un lieu à un autre, & que par conséquent il n'y puisse point avoir pretexte de rien prendre à titre de change, de sorte que ce n'est qu'un prêt déguisé & une invention d'exiger une usure excessive, & ce qui pis est, quand le change est tombé, on refait un autre billet dans lequel on incorpore ledit change, & on le convertit en principal, dont on se fait encore payer un autre change, ce qui produit une double usure & une exaction d'interêt prohibée par les Loix divines & humaines.

Les Jurisconsultes ont encore mis au nombre des obligations qui sont contractées par la chose, celle à laquelle s'affu-jettit celui à qui l'on paye une chose qui ne lui étoit pas dûë, parce qu'encore qu'on n'ait pas eu intention de lui prêter, lorsqu'on lui a compté l'argent, & qu'ainsi il ne puisse pas y avoir de véritable prêt qui ne peut subsister sans la volonté de le contracter; néanmoins lorsque le preneur de l'argent le consomme, il en devient débiteur & sujet à la restitution, ce qui fait qu'on le considère comme débiteur pour argent prêté, & qu'on donne contre lui l'action que le droit appelle, *condictionem indebiti*, & pour l'exercice de

laquelle Charondas, en ses pandectes du Droit François liv. 2. chap. 26. assure qu'il est nécessaire en France d'impetrer des Lettres Royaux pour faire casser la quittance, & l'acceptation qu'en a faite le payeur, parce qu'il n'y a point d'acte nul de plein droit, & que la quittance porte nommément l'aveu & la confession de la chose dûë, ce qui est une precaution prudente, laquelle il est quelquefois bon de suivre; mais elle n'est pas regardée comme nécessaire au Parlement de Toulouse, où la condictio de la chose non dûë peut être demandée par un simple libelle ou requête, suivant la disposition du Droit Romain.

L'obligation du dépôt ordinaire n'a rien de singulier par le Droit François que ce qui regarde la preuve par témoins, qui étoit reçûe au Parlement de Toulouse pour le dépôt volontaire, suivant l'opinion de Cujas, auparavant l'Ordonnance de 1667. laquelle a aboli cet usage, & n'a permis la preuve par témoins que pour le dépôt nécessaire, en cas d'incendie, ruine & tumulte, & entre les mains des hôtes par les passans qui voyagent. Il est vrai que Duperier, liv. 4. de ses questions chap. dernier, atteste encore que les depositai-

res des deniers peuvent s'en servir en France, & qu'ils ne sont pas obligez de rendre *idem*, *sed tantumdem*: ce qui vient, dit cet Auteur, de ce que nous ne faisons pas les dépôts d'argent dans un sac séparé comme les Romains, mais par la simple numération des especes qui n'ont aucune marque particuliere, & que le depositaire le reçoit, & peut le mettre où bon lui semble, & le mêler avec l'autre argent qu'il peut avoir, n'y ayant pas apparence qu'on le doive gêner à ce point que de le contraindre d'avoir un lieu particulier pour le mettre, & c'est ce qui doit être sans doute observé pour les depositaires publics, comme les Receveurs des consignations & autres depositaires judiciaires qui ont une caisse commune, pour y recevoir toutes les consignations & dépôts qui sont mis entre leurs mains, lesquels ne sont pas aussi seulement tenus de dol, mais encore de la perte arrivée par leur seule negligence, parce qu'ils sont payez par les droits qui leur sont attribuez de la garde des sommes & choses déposées, ce qui n'a pas lieu à l'égard des dépôts gratuits faits entre les mains des particuliers, lesquels ne recevant ordinairement aucun salaire pour la garde ne sont

tenus que du dol seulement.

On suit exactement la disposition du Droit Romain pour le gage, si ce n'est pour ce qui regarde la vente comme je l'ai expliqué au tit. 2. du second livre.

Il en est de même du prêt de courtoisie à l'égard duquel on suit les mêmes règles pour ce qui concerne la perte des choses, & la maniere dont les contractans en sont responsables par leur negligence, & par leur dol & fraude; car afin d'établir un bon ordre pour l'usage, l'administration & conservation des choses qui sont dans le commerce ordinaire de la société civile, il a été nécessaire de remarquer distinctement les obligations reciproques & naturelles des contractans, pour l'accomplissement exact & fidele de leurs conventions. A cet effet les Jurisconsultes ont établi fort à propos, en premier lieu, qu'il ne doit point être permis d'user de dol & de fraude pour profiter ou nuire dans aucune action, contrat, gestion & administration, & que celui qui commet aucun dol, doit être condamné à reparer les dommages qu'il a causez par sa tromperie, qui est une espece de crime, leg. 4. cod. *de obligat. & act.* C'est pourquoi il n'est pas permis de

convenir que le depositaire ne fera point tenu de sa fraude ; mais après qu'elle a été commise , il est permis de transiger avec lui sur le dol , *leg. si unus, §. illud leg. juris gentium, §. si paciscar, ff. de pactis*. En second lieu , il faut examiner & considerer si les affaires ou contrats dont il s'agit , regardent l'utilité seule d'une des parties , ou bien celle de toutes les deux , ou plusieurs ensemble. Au premier cas , c'est-à-dire , s'il n'y a que de l'utilité de celui qui est chargé de la chose , ou de l'administration , il est obligé d'user de tous les soins & de toute la diligence possible pour la garde & conservation ; en telle sorte qu'il est responsable de la perte , s'il y a la moindre faute ou ômission de sa part : & il ne peut se dispenser d'en payer la valeur ou moins valeur , s'il paroît que la chose eût pû être conservée par l'attention & la precaution d'un pere de famille plus diligent ; si au contraire le contrat n'est que pour la seule utilité de celui qui a donné la chose , le recevant n'est tenu que du dol , comme il est décidé à l'égard du depositaire ; que si la negociation tend à l'utilité commune des parties , on n'exige qu'une diligence telle que celle dont les bons œconomes &

DU DROIT FRANÇOIS. 519  
peres de famille reglez ont accoûtumé  
d'user. Ces regles sont établies par les Ju-  
risconsultes, en la loi 5. §. *videndum*, ff.  
*de commodato* au digeste, en la loi *si ser-*  
*vus*, §. *cum quis* au dig. *de legatis* 2<sup>o</sup>. Et  
Ulpien en la loi *contractus*, ff. *de re-*  
*gulis juris*, a marqué en détail les con-  
trats & les cas qui exigent une attention  
& une diligence plus ou moins grande ;  
en même temps il remarque une exception  
qui est lorsque les parties ont autre-  
ment convenu, *sed hæc ita, nisi quid no-*  
*minatim convenerit vel plus vel minus in*  
*singulis, nam hoc servabitur, quod ab ini-*  
*tio convenit, legem enim contractus dedit.*

Comme toutes personnes sans excep-  
tion sont responsables du dol, aussi per-  
sonne n'est tenu des cas fortuits, qui sont  
appelez *majores casus*, qui ne peuvent  
être prevenus, & auxquels l'homme n'est  
pas capable de resister : c'est pourquoi ils  
sont regardez comme des effets particu-  
liers de la puissance divine, ainsi que di-  
sent les Grecs, & qu'il est décidé dans les  
loix *in rebus*, ff. *commodati leg. 2. §. si eo*  
*tempore*, ff. *de administratione rerum ad*  
*Civitates pertinentium*, & autres sem-  
blables.

Mais quand la negligence est trop

grande, les Jurisconsultes l'appellent *latiorem & latam culpam & dissolutam negligentiam*, & ils ne font pas difficulté de dire que c'est en effet un dol, & que le depositaire & toutes sortes de gens en sont responsables, comme il est déclaré par cette loi celebre, *quod Nerva*, 32. ff. *depositi*, où le Jurisconsulte Celsus expliquant cette negligence qui est regardée comme un dol, la fait consister en ce que le depositaire n'a pas la même attention & vigilance pour la garde & la conservation des choses déposées que pour celles qui lui appartiennent en propre; *nec enim salvâ fide*, dit-il, *minorem iis quam suis præstat diligentiam*: ce qui fait, comme a fort bien remarqué M. Dufaur sur la loi *contractus* ci-dessus citée, que le depositaire peut être quelquefois tenu de la plus petite negligence, s'il n'a accoutumé de n'en avoir aucune pour les choses qui le regardent. La loi *cedere diem*, §. *lata culpa*, ff. *de verb. signif.* & quelques autres semblables donnent un autre exemple de cette grande negligence, qui est comparée au dol: c'est l'ignorance crasse du droit & du fait, qui sont généralement connus de tout le monde. *Lata negligentia est non intelligere quod omnes*

*intelligunt* : car cette negligence n'est pas excusable , mais punissable : au reste si elle n'est pas suffisante pour assujettir aux peines capitales , & de mort decernées par les loix *leg. in lege* , ff. *ad legem Corn. de sicariis* , elle ne met pas aussi à couvert d'une peine proportionnée à la qualité & aux consequences de cette espece de delit.

Il est à remarquer que ce qui se trouve statué pour le mandat , que le mandataire est tenu de la diligence la plus exacte , ne peut être fondé sur la regle ci-dessus rapportée , parce que le mandat est fait le plus souvent , pour la seule utilité du mandant , & non pas pour celle du mandataire ; mais sur ce que l'acceptation & l'exécution du mandat est un pur office d'ami , qui doit être rempli avec toute l'exactitude & la diligence possible , parce que l'amitié ne permet point d'y rien négliger.

Il y a quelque difficulté sur l'obligation des associez , car quelques-uns croient qu'il ne sont tenus que du dol , par la raison qu'allegue Justinien au titre 27. *de societate* , §. 9. que celui qui a fait le choix d'un associé negligent , doit s'imputer à lui-même la faute de ce mauvais choix , & qu'il n'a rien à lui reprocher ,

s'il a autant de soin & d'attention pour les affaires communes, que pour celles qui le regardent en son propre; ce qui semble vouloir dire que les associez ne sont pas obligez à cette diligence exacte, *que est ad eum modum quem natura hominum desiderat*, suivant la loi *Nerva*<sup>9<sup>l</sup></sup> qui vient d'être citée; mais Dufaur & Vinnius assurent qu'il faut expliquer ce §. des instituts par la raison de la règle de l'utilité commune & des loix qui ont établi cette règle. Cette matiere est amplement traitée par Dufaur, & par Charondas en ses pandectes du Droit François, liv. 2. chap. 28. où ceux qui voudront s'en instruire à fonds peuvent avoir recours.

---

### CHAPITRE III.

#### *Des obligations qui se forment par paroles.*

**L**Es obligations par paroles sont formées par l'interrogation & la réponse de ceux qui veulent contracter. Les paroles dont on doit se servir pour exprimer cette interrogation & réponse étoient solennelles, & marquées par la formule que les Jurisconsultes avoient

composée, dont Justinien fait mention en ce titre, ce qui fait voir que l'essence de cette obligation consistoit pour la forme dans l'expression du consentement des parties faite par maniere d'interrogation & de réponse, & par les paroles qu'on avoit choisies pour cet usage, ce qui est bien prouvé par la definition des Docteurs qui disent que *stipulatio est contractus stricti juris qui mutua loquela interrogantis & respondentis de aliquo dando vel faciendo perficitur*: ce qui montre d'abord que l'obligation des paroles ne pouvoit être contractée qu'entre presens & que par des paroles solennelles & directes, au lieu que les simples pactions entre absens étoient valables, par quelques paroles qu'elles eussent été exprimées: cette espece d'obligation avoit été introduite pour divers usages fort importans, dont le principal étoit d'imposer la necessité d'exécuter les pactes qu'on fait, lesquels au moyen de l'obligation contractée par les paroles produisoient une action qui étoit appelée *condictio certi*, si la chose qui avoit été prêtée étoit certaine & liquide; & *ex stipulatu*, si elle étoit incertaine ou non liquide; c'est pourquoi on ne manquoit presque jamais de l'insérer dans la

fin de toutes les conventions, comme il est rapporté dans le §. *quod ferè* de la loi *juris gentium*, ff. *de pactis*. On l'apposoit même dans tous les autres contrats pour les rendre plus fermes & irrevocables, & de-là vient qu'on les appelloit stipulations du mot *stipulum*, *quod apud veteres firmum appellabatur*, fortè à *stipite descendens*, selon les termes de Justinien, au commencement de ce titre; de sorte que c'étoit un lien de toutes les conventions, & un contrat general comme dit Du Moulin, qui appliqué à chacun des autres les confirmoit & les faisoit valoir; & c'est ce qui est marqué par le §. *conventionales*, du titre suivant *de divisione stipulationum*, où il est dit que *totidem sunt genera conventionalium stipulationum quot rerum contrahendarum*.

Les stipulations semblent nécessaires pour faire les novations, les quittances generales appellées acceptilations, les cautionemens pour pouvoir exiger les interêts de l'argent prêté, & pour plusieurs autres choses, qui sont marquées par les interprètes, dont l'utilité obligea l'Empereur Leon, pour rendre l'usage de cette obligation plus facile, de declarer par la loi *omnes*, cod. *de contrahenda & commit-*

*tenda stipulatione*, qu'elle pourroit être contractée par toutes sortes de paroles, pourveu que les parties eussent la volonté de le faire.

Mais quoique cette obligation soit par sa nature de Droit étroit ; néanmoins quand elle est appliquée à un contrat de bonne foi, elle ne change pas la nature & les effets de ce contrat, & ne fait que les confirmer : ce qui est fort clairement montré dans le commencement de la loi 5. ff. de *verbor. oblig.* où le Jurisconsulte declare que les stipulations conventionnelles, *pendent ex negotio contracto*, & sur ce fondement le profond Du Moulin sur la rubrique du titre de *verbor. oblig.* nomb. 65. établit pour maxime que *stipulatio regulatur secundum naturam contractus cui apponitur*, de même que le serment.

Quelques Auteurs François ont voulu dire qu'en France, les stipulations sont abrogées ; mais le contraire paroît par le formulaire de tous nos contrats, dans lesquels les Notaires ne manquent jamais d'insérer les mots de stipulant & acceptant, tellement même que s'ils y étoient ômis, il faudroit les y sous-entendre ; mais ce qui n'est plus en usage,

c'est la formalité de l'interrogation & de la réponse, & des paroles solennelles. Et pourveu qu'il paroisse que les parties ont voulu faire une convention sérieuse de toutes choses licites, on prend cette convention pour une stipulation valable, parce qu'on presume que *omnia solemniter sunt acta*, suivant la loi *sciendum*, ff. de *verb. oblig.* C'est ainsi que Du Moulin au lieu déjà cité nombre 42. dit qu'il faut expliquer les chap. 2. & 5. du titre *de pactis* au Droit Canonique, & qu'on l'observe effectivement dans les Tribunaux de Justice, tant Ecclesiastiques que Seculiers.

Mais quoique les formalitez des stipulations ne soient pas en usage en France, on ne laisse pas d'observer la plus grande partie de tout ce qui se trouve décidé par le Droit Romain dans les titres qui en ont traité, parce qu'il explique le sens, l'effet & la force des conventions, qui sont la matiere des stipulations, par les principes de l'équité, & de la raison naturelle, qui est comme dit Tertullien, de tout temps, de tout lieu, & de toute nation; c'est pourquoi il faut apprendre avec soin toutes les maximes & les décisions contenuës dans ces titres, parce

qu'elles sont d'un usage constant pour tout ce qui ne dépend pas de la pure formalité des paroles.

Il n'y a que quelques observations à faire pour ce qui regarde le Droit François. La première, est sur le versicule *ex conditionalis* du §. 4. *sub conditione*, de ce titre, où il est dit que les stipulations conditionnelles sont transmises aux héritiers, qui en vertu d'icelles recueillent l'héritage après l'événement de la condition, quoique arrivée après le décès des stipulans, ce qui fait qu'elles ne sont pas sujettes à être caduques, en quoi elles sont différentes des legs conditionnels, qui ne sont pas transmis aux héritiers, lorsque le légataire vient à mourir avant l'événement de la condition; de quoi on allègue cette raison que nous contractons pour nous ou pour nos héritiers, au lieu que celui qui fait un legs n'a pour objet que de faire du bien au légataire, lequel venant à précéder, le motif de la libéralité du testateur cesse. On applique la disposition de ce §. aux substitutions que le Droit François permet de faire dans les contrats de mariage, & qu'on appelle substitutions contractuelles. On décide par-là que les substitutions ne sont

pas renduës caduques par le predecès du substitué, & qu'elles sont transmises aux heritiers, non seulement lorsqu'ils sont du nombre des descendans; mais encore quand ils sont heritiers-étrangers, suivant la doctrine de Fernand au chap. 1. nomb. 9. de son traité *de contractu matrim. ad morganat. contr.*

La seconde observation est sur le §. dernier du titre *de verborum obligationibus*, où il est dit qu'on peut stipuler ou promettre de faire quelque chose, & que pour éviter l'incertitude de ce qui doit être donné, à faute d'exécuter la promesse, il est expedient de stipuler une somme-certaine par forme de peine; mais la plûpart des Docteurs François disent que ces stipulations pénales n'ont plus lieu en France, & ne sont regardées que comme simplement comminatoires, & qu'on ne condamne qu'à des dommages & intérêts; c'est ce que M. Claude de Ferriere remarque sur ce §. & c'est à quoi plusieurs veulent étendre cette maxime ordinaire, que les peines sont arbitraires en France, laquelle ne doit pourtant être entendue que des peines en matiere criminelle, & non pas des peines pecuniaires en matiere civile stipulées dans les contrats

trats où il s'agit de faire ou ne pas faire quelque chose ; car on croit que les contractans peuvent convenir qu'ils encourront ces peines, s'ils viennent à manquer d'exécuter leurs promesses ; c'est de quoi M. Louët, lettre P. somm. 2. & 3. & Brodeau son Commentateur rapportent divers Arrests du Parlement de Paris ; ils remarquent pourtant que la peine du double marquée par le Droit Romain, & même par les Ordonnances n'est pas observée : ce que Cambolas liv. 1. chap. 20. & Maynard liv. 4. chap. 44. attestent avoir lieu à l'égard des droits de justice à faute de payer les censives stipulées par les baux emphiteotiques, auxquels les Juges n'ont pas coûtume de condamner.

Quant à la division des stipulations en pretorienes, judiciaires, communes & conventionnelles, comme en France la forme de la Jurisdiction & des jugemens est différente de celle des Romains, nous ne connoissons pas cette division ; mais les Ordonnances reglent les cas auxquels les parties promettent de faire quelque chose ou simplement, ou sans bailler autre caution que celle qu'on appelle communément caution juratoire, ou soumission au Greffe, ou en baillant bonne & suffisante caution.

On tire encore du §. 2. du tit. *de verb. oblig.* cette maxime celebre qui est ponctuellement observée dans nos jugemens, que *dies termini, non computatur in termino.*

Pour ce qui concerne la regle établie au §. 3. *de inutilibus stipulationib.* par laquelle il est porté qu'on ne peut pas stipuler les faits d'autrui, parce que, comme dit Cujas, on ne traite que pour soi & de son fait & non pas de celui d'autrui dont on ne peut pas disposer, elle semble inutile par ce qui est ajouté, que l'on peut néanmoins promettre de faire en sorte qu'un tiers fasse ou donne quelque chose, *si effecturum seut Titius daret, sponderit*: car comme dit Cujas sur la loi *inter stipulantem*, ff. *de verb. oblig.* Celui qui fait une telle promesse n'en est pas quitte en faisant toutes les diligences possibles pour faire faire les choses promises par le tiers; mais il est obligé de la faire ou de payer les dommages & intérêts.

En France on a coûtume de promettre le fait d'un tiers, en disant qu'on se fait fort & qu'on promet de faire ratifier, & on assujettit celui qui promet aux dommages & intérêts, si le tiers refuse de ratifier, ce qu'il peut faire, parce que per-

sonne n'est obligé d'accomplir la promesse qu'on a faite pour lui sans son ordre & sans la participation. Quant à la regle du §. *alteri stipulari nemo potest*, elle est si fort observée, que bien qu'anciennement il fût permis aux Notaires de stipuler pour les absens; neanmoins cela n'est plus en usage, & la stipulation des Notaires n'est plus suffisante pour acquérir l'obligation aux parties dans les choses où le consentement est nécessaire, comme il est statué pour l'acceptation de la donation par l'article 133. de l'Ordonnance de 1539. Mais quant aux obligations pour prêt, encore que le creancier soit absent, elles sont valables lorsqu'il les accepte, parce que si l'argent est compté par le Notaire au nom du creancier, il est censé le procureur du creancier, & la réelle numeration qui est justifiée par l'acte est plus considérée pour former le prêt, que la presence du creancier: comme un debiteur s'oblige valablement, parmi nous par un simple billet fait en l'absence du creancier, il le fait à plus forte raison par un acte public reçu par un Notaire, suivant M. Claude de Ferriere sur ce §.

Enfin on n'observe pas, du moins dans le pays coutumier, le §. 9. portant que les

pupilles qui ont passé l'enfance, peuvent & doivent même stipuler étant autorisez par leurs tuteurs; ce sont les tuteurs qui passent eux seuls tous les contrats des pupilles, comme l'atteste aussi M. Claude de Ferriere; il en est de même de ce qui est déclaré par le §. 12. que la stipulation ne peut être faite qu'entre presens: ce qui n'a pas lieu en France, où l'on peut faire toutes sortes d'actes par Procureur bien & dûement fondé.

Il y a encore dans ce §. une chose contraire à la disposition de nos Ordonnances, en ce qu'il permet la preuve par témoins d'un fait contraire à la teneur de l'acte de stipulation portant que les parties étoient presentes, sçavoir l'absence de l'obligé: ce qui n'est pas reçu, parce que l'autorité des contrats reçus par les Notaires est si grande qu'ils font foi entiere, & l'on ne peut rien contester de ce qui y est contenu sans s'inscrire en faux: aucune preuve vocale n'est admise au contraire, suivant l'article 3. du titre *des faits qui gissent en preuve* de l'Ord. de 1667.

## CHAPITRE IV.

*Des coobligez, cautions & certificateurs.*

**P**LUSIEURS peuvent stipuler une même somme ou une même chose d'un seul ou de plusieurs autres, ou promettre de la payer de la même manière. Les premiers sont appellez par les Loix Romaines *rei stipulandi*, & les autres *rei promittendi*, en notre langue cocréanciers, coobligez, cautions & certificateurs. Ces sortes d'obligations n'étoient contractées que par les seules paroles, & par consequent entre les parties présentes seulement, & il falloit pour établir plusieurs cocréanciers que chacun d'eux stipulât séparément, & que le débiteur répondît qu'il leur feroit le payement, ou la délivrance de la chose stipulée; comme au contraire les coobligez répondoient & promettoient chacun séparément au créancier qui stipuloit de tous les deux, comme on le voit au commencement du titre *de duobus reis stipul.* aux instituts; la chose étant faite de cette manière, chacun des créanciers pouvoit exiger toute la somme du débiteur

commun, & chacun des coobligez étoit tenu de payer toute la somme à leur creancier, parce que par ces stipulations ils sembloient se constituer creanciers & debiteurs solidaires, sans même que les coobligez fussent reçus à demander le benefice de discussion, comme il est marqué au §. 1. du même titre.

Les cautions sont ceux qui s'obligent pour autrui, & qui joignent leur obligation à celle d'un autre qui a précédé; pour la plus grande sûreté du creancier & pour faciliter les prêts, on a trouvé l'invention de les assurer, par le nombre des coobligez, par leurs cautions & par leurs gages. Les cautions avoient le benefice de division par la concession de l'Empereur Adrien, par laquelle le creancier étoit obligé d'agir contre toutes les cautions qui étoient solvables au temps de sa demande pour contraindre chacun d'eux de payer sa cote-part de la dette.

En France on peut valablement se rendre coobligé ou caution par procuration, sans être présent; & quand on est présent on ne s'affujettit point à la formalité & à aucun ordre des interrogations & réponses; mais on suit exactement ce que Justinien ordonne par la nouvelle 99. sçavoir

que les cocreanciers ne sont pas en droit d'agir, ni exiger solidairement, si cela n'est porté par une clause expresse de l'obligation, & qu'encore que la clause de solidité ait été inserée dans le contrat, les coobligez ont le benefice de division, & même celui de discussion de la même manière que les cautions par la nouvelle 4. Mais les coobligez ni les cautions ne sont pas tenus les uns envers les autres à la garantie, lorsqu'un a payé toute la somme dûë, s'ils ne se sont rendus respectivement cautions par une clause expresse : car quoique comme dit Cujas sur cette nouvelle 99. les coobligez solidaires semblent naturellement caution l'un de l'autre, pour la portion que chacun a reçue, néanmoins le cautionnement n'est pas suppléé ; mais on ne manque jamais d'inserer la clause de cautionnement respectif dans les obligations solidaires : d'autant que les Notaires conçoivent toujours la clause de solidité en ces termes, *promettans solidairement chacun d'eux, & un seul pour le tout, l'un pour l'autre sans division ni discussion, à quoi ils renoncent par exprès.* Les premiers mots *solidairement chacun d'eux & un seul pour le tout* portent la solidité, *l'un pour l'autre* le cautionnement respectif

& la renonciation au benefice de division & discussion ; au moyen de quoi ils ne peuvent pas se servir de ce benefice , & ils peuvent être contraints à payer toute la dette d'abord & sans aucun détour : c'est ce qui a été traité au long par Du Moulin au traité des usures , question 7. par Loiseau au traité de la garantie chap. 4. & par Bacquet en celui des droits de justice chap. 21 n. 19. Il remarque encore au nombre 250. & suivans , que les coobligez qui sont associez & marchands sont tenus solidairement l'un pour l'autre de plein droit , & sans qu'il soit necessaire que cela soit porté par le contrat , ce qui fait qu'ils ne peuvent point jouir du benefice de division & discussion , parce qu'ils sont censez être *sibi invicem institores & fidejussores* , ainsi que dit cet Auteur en ce même lieu.

Les certificateurs sont de secondes cautions & les cautions des cautions , parce qu'ils certifient & assurent que les cautions sont solvables : ce qui fait qu'ils ne sont tenus qu'après la discussion du debiteur principal & des premieres cautions , si ce n'est qu'ils se soient obligez solidairement par clause expresse , & qu'ils aient renoncé à la discussion.

Cette division ne peut être demandée par des cautions, que lorsque tous se trouvent solvables au temps de la contestation en cause ; car comme dit Justinien au §. *si plures* du titre de *fidejussoribus* aux instituts, *si quis ex fidejussoribus eo tempore solvendo non sit, ceteros onerat.*

Ainsi on remarque deux sortes de cautions ; les uns sont purs & simples, les autres solidaires qui ont renoncé au bénéfice de division & de discussion, qui sont à l'égard du creancier également débiteurs, & ne sont cautions que par rapport à celui des coobligez pour lequel ils sont intervenus dans l'obligation, qui a reçu toute la somme & leur a fait sa promesse de les garantir. Ils ne sont tenus qu'au cas que le creancier ne puisse pas trouver son paiement sur le débiteur principal : on les appelle *si lejusores indemnitate*, & cette distinction est fort notable, ainsi que dit Loiseau au chap. 7. de la garantie des rentes ; faute par les interprètes de l'entendre, ils n'ont sçû concilier beaucoup des loix qui semblent contraires en cette matière.

Au surplus les cautions peuvent s'obliger pour celui qui ne contracte qu'une obligation naturelle, comme pour un pu-

§8 INSTITUTIONS

pille, pour une femme mariée qui a contracté dans le pays coutumier n'étant pas autorisée par son mari, & dont l'obligation est nulle par la disposition de toutes les Coutumes.

On n'est pas d'accord à l'égard des prodigues & des Moines; la commune opinion est que le cautionnement pour un Moine ne vaut rien, parce que n'ayant aucun bien en propriété, & toute sorte de negociation lui étant défendue par les saints Decrets, il n'est pas même obligé naturellement pour le prêt à l'égard duquel on prétend du moins que l'on peut faire une juste extension du Macedonien, parce que le prêt fait aux Religieux ne peut servir qu'à entretenir leur dissipation & leur déreglement.

Outre le benefice de division & de discussion, les coobligez & les cautions ont encore celui qu'on appelle *cedendarum actionum*, par lequel celui d'entre eux qui est seul poursuivi & convenu peut demander au creancier qu'il lui cede ses actions contre les autres coobligez pour repeter d'eux ce qu'il a payé, sa part deduite & confuse, & c'est ce que le creancier ne peut refuser suivant plusieurs loix & entr'autres la loi seconde *de duob. reis stipul. & prom.* au code.

## CHAPITRE V.

*De l'obligation par écrit.*

**I**L est difficile d'expliquer ce que c'étoit que *litterarum obligatio*, aussi n'est-ce pas une chose fort utile puisque Justinien demeure d'accord qu'elle n'étoit déjà plus en usage de son temps; mais il declare aussi que si quelqu'un a confessé par écrit qu'il doit quelque chose, il ne peut pas toujours opposer au creancier porteur de sa cedula & de son écrit qu'il n'a point reçu l'argent qui y est énoncé; que cette exception qu'on appelle *non numerata pecunia*, ne pouvoit être proposée par les constitutions des Empereurs precedens que pendant cinq ans, & par celle de Justinien pendant deux ans.

La plûpart des Auteurs François croient que cela doit être entendu des promesses & cedules sous seing privé, & néanmoins les interprètes du Droit Romain prétendent que l'exception *non numerata pecunia* peut être employée même contre les contrats de mariage, suivant le titre de *dote cauta non numerata*. Mais en France quand les billets, promes-

les ou contrats portent réelle numération, cette exception n'est plus reçue parce que la mention de la réelle numération, sur-tout dans les contrats, fait preuve & foi entière; en telle sorte que pour l'aneantir, il faut faire déclarer l'acte faux & suivre la forme prescrite par l'Ordonnance.

---

## CHAPITRE VI.

### *Des obligations qui sont contractées par le seul consentement.*

**L**Es contrats qui sont formez par le seul consentement, sont la vente & l'achat, le louage, la procuration ou mandat, & la société.

On dit qu'ils sont parfaits par le seul consentement, parce que dès-lors que les parties sont convenues de la chose, pour laquelle ils sont entrez en traité, l'obligation & l'action leur sont acquises sans aucune tradition ni formalité: c'est pourquoi ces contrats peuvent être faits entre absens & par le ministère d'autres personnes; les obligations des parties y sont reciproques, au lieu que dans le contrat de prêt & dans

l'obligation par paroles, il n'y a que le debiteur & celui qui promet qui s'oblige, ainsi que dit Justinien.

Dans la vente & l'achat le vendeur convient qu'il fera la délivrance à l'acheteur de la chose vendue, & l'acheteur qu'il payera au vendeur le prix arrêté; comme rien n'est plus ordinaire & plus nécessaire pour le commerce, la nature & les effets de ce contrat ont été marquez par le droit des gens, & reçus par toutes les nations de la maniere qu'ils sont expliquez par le Droit Romain qui est ponctuellement observé en France, même pour ce qui concerne la perte des arrhes ou la restitution du double d'icelles, en cas que le vendeur ou l'acheteur refusent de l'accomplir; le seul changement que nous y voyons est que la preuve par témoins, des ventes & achats, n'est pas reçue lorsque le prix excède la somme de 100. liv. suivant la disposition de l'Ord. de Moulins & de celle de 1667. dont il semble cependant y avoir quelque chose d'approchant dans la loi *contractus*, cod. *de fide instrumentorum*, par laquelle il est porté que lorsque les parties ont eu l'intention & la volonté de contracter par écrit, soit qu'il s'agisse de vente, permutation, donation ou trans-

action, le contrat n'est obligatoire qu'après qu'il est entièrement complet & parfait par l'observation de toutes les formes prescrites par les loix & par l'usage pour la confection des actes, en sorte que quoique signé par les parties, s'il ne l'étoit par les témoins & par le Notaire, il ne seroit pas obligatoire; mais il faut remarquer que cette loi ne peut pas être appliquée au cas auquel les parties sont convenues par simple écrit sous seing privé de passer contrat de vente & achat, & qu'ils ont dit que cet écrit seroit redigé en acte public. Mornac en rapporte un Arrest du Parlement de Paris.

Le contrat de louage est celui, par lequel on baille ou on prend quelque chose pour en jouir, moyennant certain prix ou par lequel on stipule ou on promet de faire quelque ouvrage. Quand le bail est de bien de campagne ou de droit, on appelle cela *Ferme*, & le preneur le *Fermier*; quand il est de maison ou de quelques effets mobiliers, on appelle celui qui le prend le locataire; & quand il s'agit de quelque ouvrage, celui qui se charge de le faire est nommé l'entrepreneur: ce contrat est réglé par les mêmes maximes que celui de la vente & de l'achat, & on suit

ce que le Droit Romain a décidé. Ce qu'il y a de particulier, est que par l'art. 7. du titre 34. de l'Ordonnance de 1667. dans les baux des terres & heritages situez à la campagne, on peut stipuler la contrainte par corps contre le Fermier.

Nous reconnoissons deux sortes de baux; sçavoir celui qui est fait par convention libre & volontaire des propriétaires, qu'on appelle bail conventionnel, & le bail judiciaire qui est celui auquel les sequestres ou commissaires des biens saisis d'autorité de justice font proceder les parties interressées, & particulièrement le saisi duëment appellé suivant l'art. 10. du titre *des sequestres & commissaires* de la même Ordonnance de 1667.

A l'égard des Fermes des biens du domaine du Roy, de l'Eglise, des Communautéz Religieuses, des Hôpitaux & des Colleges, on doit observer les formalitez prescrites par l'art. 79. de l'Ordonnance de Blois, qui ordonne des affiches & proclamations dans les lieux, où les biens qui doivent être affermez sont situez, & qu'ensuite les baux soient faits & passez au plus offrant & dernier encherisseur. Il est défendu de prendre aucun pot de vin ni avance, à peine de restitution du

quadruple, ni de faire ces baux pour plus long-temps que de neuf années, & ce dernier article est ponctuellement observé. Il est de plus défendu de bailler à ferme les biens Ecclesiastiques par anticipation plus de six mois avant l'expiration du bail précédent, suivant les Arrests rapportez par M. Louët, lettre P. sommaire 5.

Le §. *adeò* parle de l'emphiteote, à cause de la ressemblance qu'il y a entre ce contrat & celui de louage, parce qu'il est fait par bail de biens immeubles sous la promesse que le preneur fait de payer certaine pension ou rente annuelle, sous cette condition néanmoins que tandis qu'il payera la rente ou pension il ne pourra être depoussédé par le bailleur: ce qui a fait qu'on a douté si c'étoit un contrat de louage ou de vente, jusqu'à ce que l'Empereur Zenon par la loi premiere, cod. *de jure emphiteutico*, a déclaré que l'emphiteose est un contrat particulier & différent des deux autres, dans lequel les contractans peuvent inserer toutes les conventions que bon leur semble, soit pour la fixation de la rente & des charges, auxquelles le preneur est sujet, soit pour regler sur qui la perte de la chose baillée en emphiteose

doit tomber , en telle sorte néanmoins que s'il n'a rien été convenu à ce sujet, le bailleur supporte toute la perte & ne peut exiger aucune rente ni autre droit, si la chose vient à perir entièrement, & que s'il n'en perit qu'une partie la perte tombe sur l'emphiteote qui ne peut sous ce pretexte demander diminution de la rente.

L'emphiteote étoit déchu de l'emphiteose, lorsqu'il manquoit de faire le paiement de la rente pendant trois années, si c'étoit un Seigneur Laïque qui eût fait le bail; & pendant deux ans, si c'étoit une personne Ecclesiastique, comme il est marqué par la dernière loi du même titre de *jure emphiteutico*, & par la nouvelle 7.

Cette même loi permettoit à l'emphiteote de vendre *jus emphiteuticum*, & les meliorations faites au fonds baillé, pourveu qu'il avertît son Seigneur & bailleur & le priât de déclarer s'il venloit prendre la chose au prix offert par celui qui se presentoit pour acheter ce droit; si le Seigneur après que ce prix lui avoit été notifié, n'acceptoit point la preference qui lui étoit offerte, dans l'espace de deux mois, à compter depuis la denonciation & sommation, il étoit permis à l'emphiteote de vendre le fonds tenu en emphiteose;

mais le Seigneur avoit droit d'exiger la cinquantième partie du prix pour lui tenir lieu d'indemnité, ou de récompense du droit de prelation que la loi lui donnoit, & dont il ne lui avoit pas plû d'ufer.

En France les emphyteoses & les fiefs se reglent *ad instar patrimoniorum*: ce qui fait que les emphyteotes & les vassaux ont une espece de propriété qu'on appelle *dominium utile*, parce qu'elle leur donne le droit de percevoir toute l'utilité du fonds, & par consequent d'en disposer par vente ou autrement, sans être obligez de demander auparavant le consentement du Seigneur & Bailleur: ce qui a fait dire à plusieurs Auteurs & entr'autres à M. De Boissieu, au premier livre de l'usage des fiefs, chap. 20. & 21. que le droit de prelation n'a pas lieu pour les simples emphyteoses; mais seulement pour les fiefs nobles: & qu'ainsi ce droit qu'on appelle communément prelation ne doit pas être reçu, lorsqu'il n'est pas expressément stipulé par les baux; mais dans le ressort du Parlement de Toulouse, étant ordinairement stipulé, il est toujours sous-entendu & suppléé dans les baux, quoiqu'ils n'en fassent pas mention: au reste on y

observe<sup>pas</sup> la peine de la décheance *pœna commissi*, faute de paiement de la rente pendant deux ou trois années : il est seulement permis aux Seigneurs & Bailleurs par l'Ordonnance de Charles IX. rapportée par Bacquet, au traité des droits de justice chap. 3. nomb 15. de saisir les fruits & les biens de l'emphiteote pour le paiement de la rente & arrerages, & de poursuivre la condamnation des arrerages depuis <sup>29</sup> ans avant l'introduction de l'instance, & le Seigneur est si privilégié qu'il n'est pas même obligé de s'opposer aux criées pour conserver la rente, & ses droits, parce que par l'article 12. de l'Edit des criées les biens sujets aux droits seigneuriaux ne doivent être adjugez qu'à la charge de ces droits : il n'y a que pour les arrerages, pour lesquels suivant la note de Neron sur cet article, le Seigneur est en obligation de s'opposer, sans quoi il ne peut les demander à l'adjudicataire, suivant le sentiment de cet Auteur ; on n'observe pas encore ce qui est porté par la loi dernière, *cod. de jure emphit.* ci-dessus citée, suivant laquelle le Seigneur direct ne pouvoit demander pour l'alienation de l'emphiteose que la cinquantième partie du prix, parce que la

proportion & le montant de ses droits qu'on appelle lods & ventes, c'est-à-dire, suivant l'explication de Loiseau, le lot & la portion que le Seigneur a ès ventes, est ordinairement réglé par les baux ou les Coûtumes des lieux sur le pied de douze deniers un, & quelquefois sur un plus haut pied : ce qui est permis & observé sur le fondement de la maxime que *quodcumque pactum in traditione fiat, id valere manifestissimum est.*

On appelle fief dans le ressort du Parlement de Toulouse, les simples emphyteoses & les instances qui sont intentées sur ce sujet des instances feudales ; mais c'est improprement, parce que le fief dans sa véritable signification, est une convention par laquelle celui qui possède immeubles ou chose équipollente, donne la jouissance & la perception de tous les droits utiles & honorifiques : ce qui emporte sans doute la translation du domaine utile, sous la charge de la fidélité au bailleur qui retient le domaine direct, & du service personnel à la guerre, & de l'hommage & du dénombrement au temps marqué par les baux ou les Coûtumes.

Celui qui donne le fief est appelé Seigneur dominant, & celui qui le prend val-

fi. Le vassal immediat peut donner à même titre partie du fief à d'autres, pourveu qu'il s'en reserve la plus grande partie & l'hommage & la fidelité. Alors ce sont des arriere-fiefs, qui par ce moyen sont toujours soumis au premier Seigneur dominant, auquel le vassal immediat en fait hommage & en baille denombrement en même temps que pour ce qu'il a reservé.

Les premiers vassaux sont ceux qui tiennent immediatement leurs fiefs du Roy. Les plus éminens sont appellez dans les livres des fiefs, *Majores Valvasores & Capitanei Regis*, & ont les titres de Ducs, Comtes, Marquis & Barons, qui sont regardez comme des dignitez distinguées; les autres sont de simples fiefs qui n'ont point de titre de dignité, quoiqu'ils soient tenus immediatement du Roy, comme les simples Seigneuries & Terres ayant justice, les fonds nobles ou droits donnez par le Roy.

On ne suit pas en France les livres des fiefs des Lombards; mais on se tient à ce qui se trouve statué par les Coûtumes des lieux; & c'est une maxime generalement reconnuë que les fiefs sont considerez comme vrai patrimoine dans les contrats ou les successions. Le Seigneur dominant

a seulement les droits particuliers, comme celui de prelation, de lods & ventes, de relief, d'hommage & denombrement, suivant la teneur des infeodations & la disposition des Coûtumes.

Nous avons encore les contrats de location perpetuelle, qui peuvent être faits non seulement par les Seigneurs directs, mais aussi par les simples emphiteotes, du moins selon l'usage du Parlement de Toulouse.

Suivant une maxime commune à tous les contrats, qui est que *à primordio tituli omnis formatur eventus*, on se regle toujours en faveur de la liberation de l'emphiteote ou du vassal ou locataire, par la teneur du titre primordial; & si le Seigneur stipule dans la suite ou exige une plus grande redevance que celle qui y est contenuë: les actes par lesquels a été faite cette augmentation sont cassez, quelque temps qui se soit écoulé depuis qu'ils sont passez, par cette seule raison qu'ils contiennent une surcharge, selon la remarque de M. Mainard, liv. 8. chap. 18. & de Benoit, *in verbo ad uxorem nomine Alelasiam*, num. 241.

Enfin pour finir l'article du louage, il ne reste qu'à observer que par les Ordon-

nances Royaux, les nobles ne peuvent être Fermiers sans déroger à noblesse, & que par l'article 4. de l'Ordonnance de Blois les étrangers ne peuvent pas être Fermiers des benefices situez en France.

Après avoir expliqué le contrat de vente & celui de louage, reste à parler de la société & du mandat.

La société est une convention par laquelle deux ou plusieurs personnes demeurent d'accord que tous leurs biens seront communs entr'eux, ou une partie seulement; qu'ils en administreront les fruits & percevront conjointement les émolumens, & qu'ils feront quelque négociation ou trafic, dont ils partageront le profit de la manière qu'ils en seront convenus, & en supporteront de même la perte. Ces sociétés sont ou générales ou particulières. Les générales, qui sont de tous les biens sans exception, sont rares; mais les particulières sont fréquentes, & sont ordinairement contractées entre marchands & négocians pour l'effet du commerce.

Il y a deux sortes de cette société qu'on appelle compagnie entre les marchands & négocians. La première est la compagnie ou société libre qui oblige non seulement ceux qui en portent le nom, mais aussi

tous les associez, tant pour le fonds capital qu'ils y ont mis, que pour le surplus de la perte, de la même maniere que si tous y étoient nommez & s'étoient solidairement obligez, & on l'appelle compagnie ou société libre, parce que chacun des associez peut obliger les autres à toutes les affaires qu'il fait concernant la société, pourveu qu'il traite nommément au nom de la compagnie: ce qu'il est censé faire lorsqu'après son seing il y met ces termes, & *compagnie*, sans lesquels mots il seroit censé contracter pour lui seul, & non pas pour la société: & par consequent ses associez ne seroient point obligez.

L'autre société est la commandite en compagnie conditionnelle, dans laquelle quelques-uns des associez ne font que mettre leur argent dans le fonds sans faire aucune fonction pour le negoce, ni paroître au-dehors, & les autres font sous leur nom le commerce dont ils sont convenus; en celle-là tous les associez qui n'ont fait que mettre le fonds & capital dont elle est composée en tout ou en partie, ne sont tenus de la perte & des dettes de la société que jusqu'à concurrence de ce fonds & capital, de sorte que si la perte est plus grande, l'excédent tombe sur ceux  
qui

qui portent le nom de la société.

Comme les sociétés des marchands ; negocians & banquiers les obligent à faire plusieurs affaires avec un grand nombre de personnes, & qu'il importe au public d'empêcher que ceux qui traitent avec eux ne soient trompez par les conventions secretes de ces sociétés, l'Ordonnance du commerce de l'année 1673. communément appellée le *code marchand*, a fait un titre entier de ces sociétés, qui est le quatrième, par lequel elle en regle la forme & l'effet. Ce qu'il contient de plus considerable, est qu'il est necessaire que toute sorte de société soit redigée par écrit, ou par acte passé pardevant Notaire, ou sous signature privée ; que la preuve par témoins des faits non contenus dans l'écrit ne sera pas reçûe ; que l'extrait des sociétés entre marchands & negocians, tant en gros qu'en détail, sera enregistrée au Greffe de la Jurisdiction Consulaire s'il y en a, sinon en celui de l'Hôtel commun des Villes ou des Juges Royaux ou de ceux des Seigneurs ; que cet extrait sera inseré dans un tableau qui sera exposé en lieu public, à peine de nullité de actes des associez, tant entr'eux qu'à l'égard des étrangers ; & que la société n

sera réputée continuée, s'il n'y en a aussi un acte par écrit pareillement enregistré & affiché, à quoi seront sujets tous les actes portans changement des associez ou clause pour la signature, qui n'auront lieu que du jour de la publication, qui doit être faite dans tous les Greffes du domicile de tous les contractans, & du lieu où ils auront magasin.

Au surplus toute société doit contenir la clause de se soumettre à arbitre pour toutes les contestations qui surviendront entre les associez, & quoique cette clause ait été ômise, un seul associé peut nommer un arbitre, & les autres sont obligez d'en nommer de leur part, sinon le Juge en nomme pour ceux qui refusent de le faire; & au cas que les arbitres soient partagés, ils peuvent choisir un sur-arbitre du consentement des parties: s'ils n'en peuvent pas convenir, les Juges alors en font la nomination.

Outre ces sociétés il y en a une dans le pays coutumier qui est de droit & légale: c'est celle qui est établie par les Coutumes entre gens mariez, comme on peut voir dans le titre *de la communauté de biens*, de la Coutume de Paris art. 220. où il est dit que *homme & femme conjoints*

par mariage, sont communs en biens, meubles & conquêts immeubles faits durant & constant ledit mariage, & que la communauté commence du jour des épousailles & benediction nuptiale. Avenant le décès de l'un des mariez, cette société continuë en la personne des enfans, si bon leur semble, au cas que quelques-uns d'eux soient mineurs, & que le survivant des conjoints n'ait pas fait inventaire & qu'il ne l'ait pas fait clore trois mois après; il est pourtant permis aux contractans de regler par leur contrat de mariage les conditions de la communauté, & même de convenir qu'il n'y en aura point.

Dans le pays du Droit écrit il n'y a de société entre les mariez, que pour l'usage mutuel que le mariage leur donne des biens qui leur appartiennent; car pour la propriété des acquêts & conquêts, la femme n'y a aucune part, si cela n'a été convenu expressément: tout ce qui est acquis par les femmes, même en leurs noms, est censé acquis des deniers du mari, & lui appartient, si elles ne justifient qu'elles avoient au temps de l'acquisition des biens & effets à elles appartenans, qu'on appelle parafernaux, au moyen desquels elles ayent pû faire ces acquisitions, suivant la loi

*Quintus Mutius, ff. solut. matrim.*

Pour finir ce chapitre, il reste à observer que le mandat ou procuration est une convention par laquelle quelqu'un se charge à la priere de son ami de faire quelque chose gratuitement, & sans esperance de recompense. Par-là le mandataire est constitué procureur; & comme il ne fait que prêter son ministère pour les affaires d'autrui, il n'est jamais tenu en son propre nom de ce qu'il a fait en cette qualité; mais ceux avec qui il a contracté, ou contre lesquels il a fait quelque chose, doivent agir contre celui qui l'a constitué: ce qui doit être entendu en matiere civile, car en matiere criminelle cela n'a pas lieu, parce personne ne peut & ne doit accepter tels mandats qui ne peuvent jamais servir d'excuse pour commettre une mauvaise action, puisque tel mandat est criminel: au reste un mandataire peut s'obliger en son propre nom, lorsqu'il le fait expressément par une clause speciale du contrat, suivant la décision de cette loi si celebre, *procurator 67. du titre de procuratorib.* au dig.

Il y a deux sortes de procuration, sçavoir pour les procès ou pour les autres affaires, & celles-là sont encore divisées en

generale & en speciale. La generale comprend la faculté d'administrer, transiger, aliener & faire tout ce que le constituant pouroit faire lui-même s'il étoit present ; & la speciale donne nommément le pouvoir de faire certaines choses.

En France on ne se contente pas d'une procuration generale pour les actes importants qui contiennent quelque alienation & préjudice notable, & on demande une procuration speciale.

Le mandat peut sans doute être révoqué, même à l'égard des procureurs *ad lites*, en tout état de cause, & après la contestation d'icelle, contre la disposition du Droit Romain ; mais la révocation des procureurs *ad lites* n'est valable qu'à condition qu'elle contienne le constitution d'un autre procureur à la place du révoqué : cela a été établi ainsi, parce qu'autrement il dépendroit de la partie qui voudroit chicaner, d'empêcher ou au moins retarder le jugement en révoquant son procureur, le ministère des procureurs *ad lites* étant nécessaire en France par notre usage & par nos Ordonnances pour l'instruction des procès.

## CHAPITRE VII.

*Des quasi-contrats.*

**I**L y a quelques faits qui produisent une obligation même reciproque, sans qu'il y ait eu aucune convention expresse ni tacite entre les parties : c'est pourquoy ne pouvant y avoir de contrat il ne peut aussi y avoir d'action qui procede d'un contrat ; alors les obligations sont produites par des quasi-contrats ; ceux qui les contractent sont censez s'être obligez par leur gestion, & ce qu'ils ont fait est regardé comme une espece de contrat qui affecte par une consequence de raison & d'équité l'autre partie à des prestations reciproques.

Les quasi contrats sont la gestion & l'administration des affaires d'autrui, la tutelle, la jouissance d'une heredité ou chose commune, l'acceptation d'heredité, la reception de payement d'une chose induë. M. Claude de Ferriere sur ce titre assure qu'en France le tuteur est tenu de la faute tres-legere ; mais on ne peut pas convenir de cet usage qui se trouve contredit par le premier President Faure sur la loi 23. au dig. de regul. jur.

## CHAPITRE VIII.

*Par quelles personnes les obligations  
sont acquises.*

**C**omme après avoir démontré les diverses especes des choses dont la propriété peut être acquise, il a fallu marquer par le moyen de quelles personnes cette acquisition pouvoit être faite, ainsi que Justinien l'a fait par le titre 9. du 2. livre; de même après avoir fait le détail de toutes les obligations qui naissent des contrats, il étoit nécessaire de marquer par quelles personnes nous pouvons les acquérir: c'est ce que Justinien a fait en ce titre auquel il faut rapporter tout ce qui a été dit au titre 9. du 2. livre, puisque tous deux roulent sur le même principe.

## CHAPITRE IX.

*Des manieres d'éteindre les obligations.*

**L**E Droit consistant principalement à marquer les moyens d'acquérir, conserver & perdre, il est nécessaire après avoir exposé comment les obligations sont acquises, de faire voir de combien de manieres elles sont éteintes & aneanties. Il y en a cinq; sçavoir le payement réel & effectif ou équipolent, l'acceptilation, la stipulation Aquilienne & acceptilation consecutive, la novation & le consentement contraire.

Le payement réel & en argent comptant ou en espece, est le moyen le plus naturel d'aneantir entierement l'obligation, & de liberer parfaitement le debiteur. Il est si favorable qu'il ne peut pas être refusé par le creancier, auquel pourtant on ne peut point payer une chose pour une autre, s'il n'y consent, suivant cette regle generale que *aliud pro alio invito creditori solvi non potest*, leg. à quo, ff. de solutionibus; nous ne suivons point en France, même dans le pais du Droit

écrit, la disposition de la nouvelle 4. de Justinien, par laquelle les creanciers sont obligez lorsque le debiteur n'a point d'argent ni d'effets mobiliaires de prendre du bien fonds en payement au dire d'experts; cela ne s'observe qu'en Provence, avec ce temperament néanmoins que l'on décharge les creanciers de la cinquième partie du prix de l'estimation; mais cela n'est point suivi dans le ressort du Parlement de Toulouse ni dans ceux des autres Parlemens.

Par la même raison il est permis à un tiers de payer pour un debiteur à son inscû & en son absence, & même contre son gré: ce que quelques-uns attribuent au droit du creancier qui a la liberté de disposer de sa dette comme bon lui semble, & d'en recevoir le payement de tous ceux qui voudront le lui faire; par ce payement le debiteur est liberé à l'égard du premier creancier qui a reçu son argent; mais si ce creancier ne veut pas le recevoir, il n'y est pas obligé, & ne peut être contraint que par les mains de son debiteur, suivant la loi *nulla*, au code de *solutionib.* qui est d'un usage journalier.

La consignation est une espece de payement, elle éteint par consequent l'obliga-

tion, & produit la liberation, suivant la loi *liberatione*, cod. *de solut.* mais pour cet effet il faut que la consignation soit solennellement faite, c'est-à-dire que la somme dûë soit offerte à deniers découverts, comme il est porté par les loix 2. & 6. cod. *de usuris*, & qu'elle soit ordonnée par le Juge après le refus de recevoir fait par le creancier, car si elle étoit feinte & simulée, on n'y auroit aucun égard. On peut voir M. le Pretre au chap. 15. de sa 4. centurie, où il traite tres-doctement & tres-amplement cette matiere de la validité & des effets des consignations.

L'acceptilation est une quittance sans payement effectif. Dans le Droit Romain elle ne pouvoit être faite que par le moyen des stipulations en forme; mais en France on n'est pas astreint à cette scrupuleuse formalité, & pourveu qu'il paroisse que le creancier a bien voulu quitter, la quittance est valable.

L'obligation n'est pas entierement éteinte par la novation comme par le payement dans l'acceptilation, parce qu'elle est convertie en une nouvelle, qui est substituée à la place de l'ancienne; néanmoins la novation est mise entre les moyens d'aneantir les obligations, parce

qu'elle fait que la premiere ne subsiste plus, ce qui fait que l'hypothèque dont on étoit convenu, & les cautions qu'on avoit prises cessent & sont liberées, comme il est décidé par la loi 18. ff. *de novat.* c'est pourquoi il est fort important de sçavoir quand est-ce qu'il y a novation, & on y doit prendre bien garde lorsqu'on passe des nouveaux contrats concernans la même chose, pour ne point perdre le privilege & la priorité des hypothèques, & la faculté d'agir contre les cautions du premier contrat; car s'il y a novation on n'a hypothèque que du nouveau, comme il est dit dans la loi 29. ff. *de novat.* dans laquelle le Jurisconsulte distingue deux especes de novation; l'une volontaire, qui se fait par la convention des parties, & l'autre forcée qui est faite par la condamnation judiciaire; mais celle-ci est impropre, puisqu'elle ne peut que renouveler la premiere obligation en y ajoutant celle qui est contractée par le jugement de condamnation; car la premiere subsiste toujours, & par conséquent les hypothèques, priorité & privilegess, aussi bien que les cautions. *D. l. 29*

La novation étoit faite par le Droit ancien toutes les fois que les parties en avoient

intention, & même cette intention étoit toujours présumée lorsqu'il étoit fait quelque changement dans la première obligation, ou par l'intervention de quelque personne, ou par l'addition de quelque nouvelle convention ou condition; mais parce que tout cela étoit sujet à plusieurs contestations, Justinien, qui desiroit retrancher toute cause de procès & de doute, ordonna par la loi dernière *cod. de novationib. & delegationib.* qu'il ne seroit jamais censé y avoir novation, que lorsque les parties auroient déclaré expressément que telle est leur intention: ce qui doit être entendu avoir seulement lieu, lorsqu'il n'y a que de simples nouvelles obligations; car lorsqu'il est intervenu une délégation parfaite, c'est-à-dire, lorsque le débiteur a donné à prendre à son créancier ce qu'il lui doit sur quelque un de ses débiteurs, lequel étant présent accepte la délégation & s'oblige en même temps à faire le paiement au créancier délégué, alors par cette reconnaissance mutuelle du nouveau créancier & du débiteur, il se fait une novation, & le débiteur qui délègue est entièrement libéré à l'égard du créancier, auquel est faite la délégation de même que

le debiteur delegué l'est à l'égard de son  
creancier qui l'a delegué. *amovins quela*

Les obligations qui se forment par le  
seul consentement sont aneanties de plein  
droit par un consentement contraire de  
s'en départir, suivant la loi *nikil*, ff. de  
*reg. jur.*

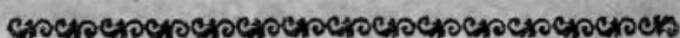
*le creancier ne refuse son action  
ou qu'il accepte la delegation  
aux fins du delegant l. 4557.  
ff. mandati*



## INSTITUTIONS

DU

## DROIT FRANÇOIS.



## LIVRE QUATRIÈME.

## CHAPITRE I.

*Des obligations qui naissent des delits.*

**L**ES Loix Romaines reconnois-  
soient deux especes de delits ; les  
uns regardoient principalement  
l'intéret des particuliers, à cause du dom-  
mage qui leur étoit causé en leurs affaires  
ou leur patrimoine ; les autres étoient les  
crimes graves qui offensoient le public &

vioient la fureté & la tranquillité publique ; la peine établie pour la punition des premiers étoit entierement appliquée à celui qui en avoit souffert le dommage , auquel il étoit seulement permis d'en pouvoir suivre la réparation par la voye civile ; la punition des autres regardoit uniquement le public & l'état offensé par ces entreprises hardies qui troublent la société civile , c'est pourquoi la poursuite en étoit permise à un chacun , *cui libet à populo* , & la peine pecuniaire étoit adjudgée au fisc , c'est-à-dire la confiscation des biens & les amendes auxquelles les coupables étoient condamnés ; les supplices servoient pour l'exemple , & pour donner terreur de pareils crimes.

Il y avoit une troisième espece de délits qui étoient appellés extraordinaires, dont la poursuite étoit faite par la voye criminelle & de l'accusation , dont il est parlé dans le titre *de extraordinariis crim.* au dig. quoique la poursuite n'en fût pas permise à toutes personnes.

Justinien traite au commencement de ce liv. des délits concernans l'interêt des particuliers , parce qu'ils ne produisoient qu'une action civile aux parties intéressées qui pouvoient seulement l'intenter ,

& il renvoye les crimes publics à la fin de ce même liv. parce qu'ils ne produisoient point d'action au profit & en faveur d'aucun particulier seulement, mais pour le public : il y avoit une procedure réglée pour la poursuite des délits particuliers & des crimes publics, & non pas pour celle des crimes extraordinaires; au surplus comme les peines marquées par les loix, étoient souvent trop petites ou trop grandes par rapport aux circonstances du fait, qui rendoient souvent les crimes plus ou moins graves, la procedure & la peine ordinaire des crimes furent abolies, en sorte que leurs jugemens extraordinaires & les peines devinrent arbitraires, comme a tres-doctement remarqué M. Cujas au livre 8. de ses observations, ce qu'il prouve par la loi *ordo*, ff. *de publicis judiciis*, où il dit la même chose des délits particuliers, & c'est ce que nous suivons en France suivant le témoignage du même Auteur. Nous faisons la procedure de la même maniere pour toute sorte de délits & de crimes: nous en poursuivons la réparation par la voye de l'information, que nous appellons la voye criminelle; la seule différence qu'on met entre les crimes n'est que par rapport à la peine, qui est deter-

minée & decernée sur la qualité du crime, & sur une procédure extraordinaire par récolement & confrontation des témoins: lorsque le crime est grave, on prononce une peine afflictive contre l'accusé convaincu; outre cela on adjuge des dommages & interêts, amendes & réparations convenables envers la partie civile; si le crime n'est point grave, on se contente d'infliger une peine pecuniaire, telle que les Juges estiment à propos. Le larcin & le vol sont considerez comme des crimes graves qui meritent peine afflictive, & quelquefois capitale, comme le vol domestique: les autres larcins sont punis ordinairement de la peine du fouët pour la premiere fois avec celle de la fleur de Lys, & en cas de recidive de la peine de mort ou des galeres perpetuelles: c'est pourquoy la procédure civile n'est presque plus pratiquée pour ce regard, & la peine du double & du quadruple n'est plus en usage non plus que la difference de larcin manifeste & non manifeste. Le vol avec violence est encore plus punissable, parce qu'il est plus à craindre, aussi il est sujet à des peines graves & capitales, par la disposition des Ordonnances Royaux. Pour ce qui concerne le dommage qui

nous est caulé dans nos biens , par exemple quand on fait manger nos prez , nos bleds pendans par les racines , gâter nos vignes par des troupeaux & des bêtes , le droit accordoit l'action de la loi *Aquila*, qui ordonnoit que celui qui avoit causé le dommage, en payeroit la valeur sur le pied du plus haut prix de l'année précédente, à compter en remontant du jour du dommage causé ou de trente jours précédens , suivant la difference des dommages caulés. Nous n'observons pas le Droit Romain pour ce qui regarde la peine , mais seulement pour la procedure civile , car nous n'admettons la criminelle que lors que le dommage à été fait malicieusement à dessein de faire du dégât , de nuire , & de faire de la peine , auquel on peut employer la voye de l'information, par exemple, celui qui a fait manger les prez prêts à être fauchés , les bleds prêts à être coupés , & les vignes prêtes à être vandangées à garde faite & bâton planté , comme on dit , peut être poursuivi criminellement , parce que c'est en effet un larcin , comme l'enseigne Coquille dans ses instituts au liv. des servitudes réelles : mais si les animaux ont fait le dommage pour avoir été mal gardés , ou parce qu'ils se

font écartés à cause de leur ferocité naturelle, le pasteur & le maître sont responsables du dommage, & les bêtes surprises en délit; c'est pourquoi par l'usage de France, & par la disposition de toutes les Coutumes du Royaume, il est permis aux propriétaires qui ont souffert le dommage de s'en saisir, pour les remettre entre les mains de la Justice, qui en ordonne la vente pour la réparation du dommage, suivant l'estimation qui en est faite par des prudes-hommes & gens experts; le propriétaire du bétail est même condamné à payer l'excédent du dommage, sans être reçu à l'abandonnement du bétail saisi, il est encore condamné à payer le droit de garde & une amende pour le délit, qui est adjudgée ordinairement en partie au Seigneur du lieu, & au propriétaire du bien endommagé. On ne suit pas en cela le Droit Romain, qui défend telle saisie *l. quædam, ff. ad leg. Aquil.* comme ont observé le même Coquille ci-dessus cité & Mornac sur cette loi, & même quand le bétail qui fait le délit ne peut pas être pris & arrêté, il est permis d'en tuer deux ou trois bêtes si l'on peut, suivant la doctrine des mêmes auteurs qui rapportent la disposition de quelques Coutumes, dont

il y en a quelques-unes qui permettent au propriétaire du lieu du délit, de les faire servir à leurs usages.

Les injures étoient aussi un délit particulier ; il y en a de plusieurs sortes & elles sont spécifiées au §. 1. des instituts. Mais il y en a trois qui sont les plus remarquables.

Les premières sont les coups de main ; sçavoir quand on frappe ou de la main seule, ou du bâton, ou de quelque autre instrument tranchant ou contondant : on les appelle communement des injures réelles.

Les secondes sont les injures verbales ; quand on profere contre quelqu'un des paroles outrageantes & pleines de mépris qui blessent l'honneur & la réputation.

Les troisièmes enfin, celles qui sont faites par écrit, par des libelles diffamatoires, ou des chansons piquantes qu'on répand & qu'on fait courir, pour noircir l'honneur d'autrui.

Ces injures sont renduës plus graves & plus atroces, par les circonstances prises de la qualité du fait, comme si on a été battu à coup de bâton, d'étrivieres, ou autres choses pareilles ; du lieu où l'on a été maltraité, sçavoir dans l'Eglise, les

Palais, & autres lieux semblables ; des personnes, comme si un Magistrat, si des personnes constituées en dignité ont été maltraitées par des hommes de néant, & de la lie du peuple ; de l'endroit qui a été offensé, comme si on a été blessé aux yeux & au visage.

Les peines qui sont arbitraires en France, le sont encore plus sur le fait des injures, qu'à l'égard de toute sorte d'autres crimes : on en poursuit ordinairement la réparation par la voye criminelle, & on a coutume d'ordonner une procédure extraordinaire par confrontation des témoins, pour les injures réelles ou graves, & pour les libelles diffamatoires, & on condamne les accusés convaincus de ces crimes, à de grosses réparations pecuniaires, & même à des satisfactions publiques convenables, & quelquefois à des peines d'abstention & bannissement à temps, ou telle autre que les Juges estiment à propos, sur-tout pour les libelles diffamatoires & chansons satyriques, suivant l'art. 77. de l'Ordonnance de Moulins ; quant aux injures & offenses verbales, rarement on autorise les procédures extraordinaires, & les parties sont tirées d'affaires par le premier jugement qui est rendu sur les infor-

mations , comme on fait pour tous les autres crimes legers , suivant la loi *Levia* , ff. *de accusationibus*. Mais parce que les injures & les offenses verbales sont le plus souvent aigries par la suite des voyes de fait qui sont commises par les gentilshommes , & ceux qui font profession des armes , le Roi par Edits donnés sur l'avis de Nosseigneurs les Maréchaux de France , a decerné des peines severes de prisons pendant plusieurs années , & d'amendes considerables & pertes des biens qui sont ordonnées par lesdits seigneurs Maréchaux ou leurs subdelegués , contre ceux qui ont proferé des paroles injurieuses ; Sa Majesté en a fait de même à l'égard des gens de robe , par sa Déclaration du mois de Decembre de l'année 1704. par laquelle il est donné pouvoir aux Juges de condamner à deux mois de prison , pour des injures proferées contre quelqu'un sans sujet , comme de sot , lâche , traître , ou autres semblables , & pour un démenti , menace de coup de main ou de bâton , à quatre mois de prison , & après ce temps expiré , de demander pardon & faire une satisfaction convenable & qui puisse contenter l'offensé ; & pour les injures réelles , par exemple pour un soufflet , il y a une

prison de deux ans, & de plus long-temps  
 ou même d'abstention, ou banissement  
 pour d'autres injures réelles, si les Juges  
 le trouvent à propos : ce qu'on peut voir  
 plus au long dans cette Déclaration. Ce  
 qu'il y a de notable, est qu'on ne peut é-  
 viter la peine & la satisfaction pour les in-  
 jures & paroles outrageantes, & libelles  
 diffamatoires, en soutenant que ce qu'el-  
 les contiennent est véritable, ni être re-  
 çu sous ce prétexte à en prouver la vérité.  
 Comme il a été jugé par divers Arrests,  
 dont il y en a un celebre rapporté par Pa-  
 pon, liv. 8. de ses Arrests tit. *des injures*,  
 Arrest premier. Au surplus on suit en  
 France ce qui est porté par le §. dernier  
 de ce titre, que l'injure s'efface par la re-  
 mise & la dissimulation, & cette remise  
 est expresse ou tacite : expresse quand on  
 transige sur les injures ; tacite, lorsque les  
 parties mangent ensemble ; quant à la dis-  
 simulation, elle est suffisante, lorsqu'on  
 laisse passer une année sans rendre plainte.  
 C'est ainsi que l'Arrest du Parlement de  
 Paris rapporté par M. Claude de Ferriere  
 à expliqué ce que Justinien dit, que *in-*  
*juriam dissimulatione aboletur, si quis eam*  
*statim ad animum suum non revocaverit.*

## CHAPITRE II.

*Des quasi-délits.*

**I**L y a certains cas dans lesquels il est juste qu'on puisse agir contre ceux qui ont fait des choses qui causent du dommage, par exemple lorsqu'un Juge a mal jugé par ignorance ou faute d'application, ou qu'on est dans quelque'un des cas marqués dans ce chapitre. Mais on étoit en peine de dire par quelle action il pouvoit être convenu, lorsqu'il n'est coupable que d'une simple imprudence, ignorance, en défaut d'application : car s'il y a eu malice ou dessein de nuire, esprit de vengeance ou de concussion, on pouvoit sans doute agir par la voye criminelle. La difficulté venoit de ce qu'on ne peut pas dire, que l'imprudence soit un crime, ni que le Juge soit obligé par aucun contrat ou convention. Mais comme le Juge qui juge mal par ignorance est coupable de ne sçavoir pas son métier, il commet alors une espece de délit, & il est tenu *ex quasi-delicto*.

Il en est de même de ceux qui habitent dans une maison & jettent des immondices ou autres choses sur les passans, qui

les

Les incommodent & les blessent, ils sont obligés par une espece de délit, approchant de celui de la loi *Aquila*.

En France les Juges ne sont pas punis pour le simple mal jugé, soit qu'ils ayent manqué par ignorance, ou par défaut d'application, parce qu'on a eu cette indulgence & ce respect pour la Magistrature, & même qu'on a vû qu'il y a des questions si difficiles à décider, qu'il n'est pas surprenant que les Juges ne rencontrent pas toujours la verité; ils ne peuvent être appellés en Justice que lorsqu'ils sont tombés dans ce défaut par inimitié, par faveur ou par avarice, *per inimicitias, per gratiam, aut per sordes*, comme disent nos Auteurs François, & entr'autres M. Antoine Mornac, sur la loi 2. de *regulis juris*, au dig. & sur la loi 15. du titre de *judiciis*. Il y a encore quelque cas de prise à partie contre le Juge, & sur tout celui dont il est traité, & dont la procedure est prescrite par l'art. 4. du titre 25. de l'Ord. de 1667. qui est lorsque le Juge refuse ou neglige de prononcer; car les Juges étant établis pour terminer les différends des parties, & les tirer de l'embaras des procès, ils manquent essentiellement à leur obligation, lorsqu'ils ne le font pas,

après en avoir été bien & dûement sommés & priés. Les Juges peuvent aussi être pris à partie, lorsqu'ils s'attribuent la connoissance de causes qui ne leur appartiennent pas, ainsi qu'il est déclaré par la même Ordonnance art. 2. du titre *des fins de non proceder.*

Le dommage causé par ce qui est jetté par les fenêtres, ou autres ouvertures d'une maison, doit être payé par le propriétaire, ou locataire principal, qui y habite, encore que ce ne soit pas lui qui l'ait fait, mais quelqu'un de ceux qui lui appartiennent ou qu'il a introduits dans la maison; parce qu'il doit s'imputer, *quod operâ malorum hominum utatur*, ainsi que dit Justinien; ce dommage est arbitraire & doit être estimé par le Juge qui condamne à payer la valeur des choses gâtées. Si le dommage est considerable, & qu'il ne puisse en faire lui-même l'estimation, il ordonne qu'elle sera faite par experts; on n'observe point la peine du double, ni des 50. écus d'or mentionnés dans ce titre: on condamne seulement à quelque amende pour l'infraction de la police. Il en est de même quand on pend chose dans un lieu public, qui peut par sa chute ou autrement nuire au public.

Les hôtes & maîtres de navire sont aussi responsables civilement des choses que l'on enferme dans leurs maisons, ou qu'on charge sur leurs vaisseaux lorsqu'elles sont perduës par le vol des passans, ou de ceux qui entrent dans leurs maisons ou vaisseaux, comme il est décidé en ce titre d'où on a tiré ce qui est pratiqué dans les matieres criminelles à l'égard de ceux qui ont été blessés, estropiés, ou endommagés par des coups de main, ou par des instrumens offensifs; on leur adjuge ce qu'on estime qu'ils ont dépensé, pour se faire penser & medicamenter, & une somme pour les indemniser de ce qu'ils ont perdu du gain qu'ils auroient fait par leur travail, ou qu'ils pourroient faire à l'avenir: *Judex computare debet mercedes medicis præstitas ceteraque impendia quæ in eam rem facta sunt prætereaque operas quibus caruit, aut cariturus est, ob id quod inutilis est factus.*

### CHAPITRE III.

#### *Des actions.*

**L**Es livres précédens, & partie de celui-ci ont traité des personnes & des

choses ; ce qui reste de ce dernier est employé à expliquer les actions qui sont la troisième partie de l'objet de la science du Droit, à laquelle les deux autres aboutissent ; car le droit des personnes, ou le moyen d'acquiescer les choses & les obligations, servent de fondement à l'exécution des contrats, lesquels produisent les obligations, & les obligations les actions qui sont les derniers moyens, par lesquels nous conservons ce qui nous appartient, en obtenant des jugemens des Magistrats établis par le Prince, par l'autorité & la force duquel nous contrainsons ceux qui ne veulent pas faire de bonne foy ce que la loi & la raison prescrivent. C'est pourquoi on définit l'action, le droit & la faculté de poursuivre en Justice ce qui nous est dû & nous appartient : on l'appelle droit & faculté, pour marquer que c'est une chose qui n'a point de corps ni de consistance sensible, mais qui subsiste *intellectu juris*, comme les obligations, les servitudes, & l'héritié.

Les actions étant donc le principal objet de la Jurisprudence, les Jurisconsultes ont crû qu'il étoit nécessaire d'en marquer exactement la nature, les effets, la différence, & d'en régler si exactement les formules,

qu'il ne fût pas permis d'y rien changer ; cela étoit obſervé avec tant de rigueur , que celui qui y manquoit d'une ſyllabe perdoit ſa cauſe : & il ne laiſſoit pas d'y avoir quelque raiſon , en ce qu'il eſt important qu'il y ait un ordre certain & invariable pour demander en Juſtice ce que nous avons droit de prétendre , & que chacun peut ſçavoir & expliquer clairement en quoi conſiſtent ſes prétentions ; c'eſt pourquoi on demandoit permiſſion au préteur avant d'intenter aucune action , & il donnoit des Juges auxquels il marquoit la formule & la maniere de juger. M. Cujas a cru qu'il étoit plus sûr , & d'un meilleur ordre de ſuivre la rigueur de ces formules , que de les laiſſer à la volonté & au caprice des Praticiens & des parties ignorantes ; néanmoins parce que l'uſage de ces formules étoit difficile & gênant & qu'il paroifſoit dur que ceux qui avoient bonne cauſe au fond , la perdiſſent par le ſeul défaut de formalité ; de plus comme cela donnoit occaſion à pluſieurs cavillations & faux frais , les Empereurs abolirent les formules des actions par le titre *de juris formulis & impetr. act. ſubl.* au cod. & ſtatuerent par les loix de ce titre, qu'il ſuffiroit de faire ſignifier à

la partie contre laquelle on voudroit agir, un libelle contenant sa prétention & de faire assigner devant le Juge pour en voir ordonner la condamnation, ce qui fut encore mieux établi par le droit canonique au chap. *dilecti*, aux decretales de *judiciis*, où il est dit qu'il est inutile de marquer le nom de l'action, lorsqu'on veut faire quelque demande en justice, qu'il suffit d'exposer le fait & de proposer les conclusions: c'est ce que les Ordonnances ont suivi & perfectionné, & particulièrement celle de 1667. art. 1. du titre des *ajournemens*, qui ordonne que tous les ajournemens seront libellés, & contiendront sommairement la demande, & les moyens sur lesquels elle est fondée: cependant tout ce qu'on lit dans le Droit Romain, touchant la difference des actions mérite attention, car l'effet en subsiste toujours, & elles donnent lieu aux mêmes condamnations qui sont exprimées par les loix Romaines. Il faut observer la principale division des actions en personnelles & réelles & l'effet different qui leur est attribué, sçavoir que par l'action personnelle on s'adresse directement à la personne contre laquelle on demande qu'elle soit condamnée à donner, ou faire

quelque chose ; à quoi elle est obligée par contrat , quasi-contrat, délit, ou quasi-délit ; car c'est de ces quatre causes que proviennent toutes les actions personnelles qui passent sur la tête des héritiers des obligés , lesquels sont tenus des faits & promesses de leurs auteurs ; ces actions sont tellement inherentes à la personne des obligés qu'ils ne peuvent s'en décharger en aucune manière, & il est permis de les contraindre à satisfaire aux condamnations dont les actions sont suivies par saisie de leurs biens & quelquefois par l'emprisonnement de leurs personnes.

L'action réelle est dirigée contre la chose dans laquelle on soutient avoir droit & propriété , en telle sorte que si on forme cette action contre le possesseur de la chose, ce n'est qu'à raison de sa detention au moyen de laquelle seulement il est tenu à la demande & non point par aucune obligation provenant de sa personne , c'est pourquoi s'il cesse de posséder sans dol ni fraude, il n'est plus tenu de l'action réelle qui suit la chose & le nouveau possesseur.

On met au nombre des actions réelles , la demande en condamnation des censives & de toutes rentes foncières, parce qu'elles ont pour fondement le domaine que

nous appellons direct, & c'est-ce que l'Ordonnance de 1667. nous a marqué par les articles premier & suivans du titre *des exceptions dilatoires* & de celui *de l'abrogation des vûes & montrées*.

C'est la même chose dans le Droit Romain à l'égard des actions qui sont intentées pour vendiquer les servitudes, ou pour s'en faire déclarer exempt; & nos anciens Praticiens les appelloient conformément au Droit Romain, *confessoire & dilatoire, négative*.

On fait peu d'attention en France à la distinction de actions par rapport à leur origine, & à ce que les unes descendent du Droit Civil & les autres de l'autorité du Préteur: nous ne connoissons pas même la pratique de l'action publicienne, qui étoit accordée au possesseur de bonne foi sur ce pretexte qu'il avoit prescrit. Nous n'avons pas recours à cette fiction, & nous regardons comme propriétaire celui qui a un titre translatif de propriété à l'égard de ceux qui n'en ont aucun; nous ne faisons aucune difficulté de lui accorder sur ce titre la vendication.

On ne pratique gueres aussi l'action paulienne, parce qu'à l'égard des meubles l'aliénation en est absolument permise en

telle sorte, qu'ils n'ont pas même suite par hypothèque suivant le Droit commun de France; à l'égard des immeubles, souvent elle n'est pas nécessaire, parce que les dettes sont ordinairement établies par contrat qui produisent hypothèques sur les immeubles, au moyen desquelles les créanciers conservent leurs droits: mais s'il y a dol & fraude dans l'aliénation, & que les acquereurs y ayent participé, l'aliénation est cassée par dol; & si le possesseur est un donataire universel, il est tenu au paiement de toutes les dettes du donateur par une espèce d'action personnelle; parce qu'il est regardé comme héritier, suivant la remarque de Guy Pape, en la question 105.

Après l'action réelle de la vendication, il n'y en a point de plus importante ni de plus fréquente que l'hypothécaire en laquelle suivant la formule du Droit Romain, on conclut à ce que le détenteur du fonds soit tenu d'en faire le délaissement afin qu'il soit vendu pour le paiement du créancier, ou de payer la somme pour laquelle l'hypothèque a été établie. Mais en France, comme a remarqué Loyseau au traité du deguerpissement, liv. 3. chap. 6. on a renversé cette

formule, parce que nos Praticiens ignorans le Droit Romain, au lieu de commencer par le délaissement de la chose, & de finir par l'alternative du payement, commencent la formule par le payement & finissent par le délaissement, en quoy ils ont suivi l'irregularité du Droit canonique au chap. *ex literis*, aux decretales *de pign.* abandonnant la disposition de la loy *Paulus, quib. mod. pig. vel hypoth. solui.* & de plusieurs autres semblables.

Par le Droit Romain l'hypothèque est distincte du gage, en ce qu'elle est établie par le seul consentement du débiteur sur les biens immeubles dont le débiteur demeure possesseur, ce qui a été introduit par l'autorité du Préteur, au lieu que les gages sont delivrés au créancier qui en prend la possession actuelle en telle sorte, que c'est un contrat civil qui n'est consommé que par la tradition & qui produit une action civile; mais en France l'hypothèque n'est pas formée par le seul consentement des parties: il faut des condamnations ordonnées par les Juges seculiers, ou des contrats reçus par des Notaires; en ces cas l'hypothèque est de plein droit, quant aux condamnations ordonnées par les Juges suivant la disposition

DU DROIT FRANÇOIS. 587  
de l'Ordonnance de Moulins art. 55. &  
quant aux contrats suivant le Droit  
commun & les Coûtumes de France ; ils  
ont même execution parée, comme on  
dit communément en pratique, & ils  
peuvent être executez sans qu'il soit ne-  
cessaire de venir par action, ni d'obtenir  
aucune condamnation, ainsi que le mar-  
que le même Loiseau au même livre ci-  
dessus cité chap. 3.

L'action hypothécaire a trois effets  
qui sont distinguez par le même Auteur  
au traité des offices liv. 3. chap. 5. nomb.  
18. suivant les trois différentes personnes  
contre lesquelles elle est exercée. Le pre-  
mier, est de saisir & d'enlever au debiteur  
les choses hypothéquées pour être ven-  
duës, & le prix employé au paiement du  
creancier. Le second, de faire preferer  
sur le prix le premier creancier hypothé-  
caire au postérieur, & le troisième d'ob-  
liger le tiers possesseur à faire le délais-  
sement de la chose hypothéquée, ou de  
payer la somme dûë ; mais nous n'avons  
pas retenu en France les deux premiers  
effets de l'hypothèque, qu'on appelle suite  
pour ce qui concerne les meubles ; parce  
que suivant le Droit commun de France  
les meubles n'ont point de suite par hy-

potheque, & n'en font pas même susceptibles, c'est pourquoi le creancier premier saisissant est toujours préféré, & dès qu'ils ne sont plus en la main du debiteur, ils ne sont plus sujets à l'action de ce creancier; à l'égard des immeubles le tiers possesseur a cet avantage, que le creancier est obligé de discuter les biens extans du debiteur avant de pouvoir agir contre lui, suivant la disposition du droit en l'authentique *hoc ita cod. de pignoriibus*. La maniere de jouir des effets de l'action hypothécaire, c'est de faire saisir le gage, ou les biens hypothéquez, & d'en poursuivre la vente suivant les formes prescrites par l'Edit des criées pour ce qui concerne les biens immeubles, & par le titre *des exécutions* de l'Ord. de 1667. à l'égard des effets mobiliers.

Il y a une autre espece d'actions, qu'on appelle *in rem scriptas*, qui tendent à la restitution de la chose, en quelque main qu'elle se trouve, ce qui fait qu'elles sont intentées contre toutes sortes de possesseurs, néanmoins elles sont dirigées contre la personne pour l'obliger à faire quelque chose: par exemple, dans l'action pour représenter & exhiber quelque chose qu'on veut vendiquer, & que le droit

appelle *ad exhibendum*, comme on voit dans le §. *est autem*, de la loi 3. ff. *ad exhib.* ce qui a lieu aussi à l'égard des actions rescisoires & aux interdits, comme enseigne le même Loysseau au même liv. du deguerpissement, chap. 1. nomb. 6. où il observe aussi que nous avons en France une action personnelle & réelle tout ensemble, sçavoir celle qui est donnée au propriétaire de rentes foncières contre les possesseurs des fonds qui y sont sujets; car en qualité de possesseurs ils sont tenus par l'action hypothécaire au paiement des arrerages échus avant leur possession, & pour ceux qui sont dâs du temps de leur jouissance ils sont obligez personnellement de les payer, & leurs biens propres peuvent être saisis pour ces arrerages; au lieu que pour ceux échus avant leur detention, on ne peut saisir que les biens sujets à la rente.

Il y a encore d'autres actions qu'on appelle mixtes qui tiennent de la réalité & de la personnalité tout ensemble: telles sont les actions en division & partage d'une heredité, ou d'une chose commune, ou pour marquer & fixer les limites des possessions; car ces actions renferment la demande en indication de la chose, ce

qui est une espèce de vendication & celle de prestations personnelles. Il est important de remarquer toutes ces actions, non seulement parce qu'elles sont d'une nécessité absolue pour l'intérêt des particuliers, mais aussi parce que leur distinction sert pour régler les Jurisdictions seculieres & Ecclesiastiques; car c'est une maxime constante en France que toutes les actions qui renferment quelque réalité, ne peuvent être intentées qu'en cour seculiere.

Il est inutile de parler des actions pénales qui n'ont pas lieu en France, & où l'on n'admet que celles qui tendent à la poursuite des choses; par conséquent tout ce qui est dans ce titre concernant les actions des peines du double, triple & quadruple ne peut être d'aucun usage.

On n'a point reçu en France la différence des actions de bonne foi & de celles qui sont de Droit étroit, parce que parmi les Chrétiens la bonne foi doit régner par-tout; les Juges, & sur-tout ceux des Cours Souveraines sont maîtres de suivre en tous leurs jugemens *quod æquius & melius*. M. Cujas dans ses observations a reconnu que même par le Droit Romain toutes les actions étoient rendues de bonne foi, par l'opposition de l'exception du

dot suivant la loi *Seia*, ff. *de don. caus. mort.* On n'a pas reçu aussi l'usage des actions arbitraires : cependant il n'est pas inutile de remarquer le dénombrement des actions de bonne foi qui a été fait par Justinien dans le §. *actionum* de ce titre , parce qu'il fait connoître que les contrats & les affaires dont il y est fait mention demandent , s'il faut ainsi dire , une exubérance de bonne foi.

La stipulation pour la repetition de la dot de la femme a été mise entre les actions de bonne foi ; & Justinien declare qu'il a donné pour cette repetition une hypothèque privilégiée & preferable à toutes celles des autres creanciers, même antérieurs : c'est ce qu'il a fait par cette loi si celebre *assiduis*, cod. *qui poti. in pig. hab.* par laquelle cet avantage est donné à la femme sur les biens de son mari , ce qui n'est point reçu au pays coutumier , ni même au Parlement de Bordeaux & autres où le Droit écrit est observé , dans lequel la femme ne precede pas les autres creanciers antérieurs qui ont une hypothèque expresse ; mais le Parlement de Toulouse observe generalement cette loi , parce qu'elle a pour fondement l'utilité publique , laquelle est interessée à la con-

tervation & à la sûreté des dots des femmes, afin qu'elles puissent plus facilement se marier, on étend même ce privilege sur les biens du beau-pere qui a reçu la dot par la raison du §. *transgrediamur* de la loi *si cum dotem*, ff. *sol. matrim.* & quelquefois sur les biens de la belle-mere, lorsqu'elle est intervenüe avec le pere dans le contrat de mariage, & qu'elle a reçu la constitution dotale de sa belle-fille, de l'ordre ou consentement de son fils, comme on voit par le chap. 35. du liv. 3. de M. Dolive, & dans Cambolas liv. 1. chap. 28. & Mainard liv. 2. chap. 51.

Ce qui est porté par le §. *curare* est essentiel aux jugemens; il est necessaire que leurs dispositions contiennent condamnation ou absolution certaine autant qu'il est possible; car les jugemens n'étant donnés que pour finir les contestations des parties & leur marquer ce qu'elles doivent faire, c'est à quoi on ne peut parvenir qu'en s'expliquant nettement. Quant à la peine du Droit Civil, par lequel celui qui demandoit plus qu'il ne lui étoit dû, étoit déchû de sa pretention, quoiqu'elle semble avoir un tres-juste fondement, puisqu'elle avoit été établie pour punir l'indiscretion & la temerité en quelque ma-

niere criminelle de demander en justice choses qui n'étoient pas dûes, elle n'est pas néanmoins observée en France, comme attestent Automne & Mornac dans le titre *de plus petitionibus*, au code, & Rebuffe dans sa preface sur les Ordonnances Royaux: bien loin que le demandeur perde sa cause lorsqu'il demande plus qu'il ne lui est dû, le défendeur au contraire est toujours condamné à payer ce qu'il doit véritablement & même aux dépens de l'instance, s'il ne fait pas d'abord des offres de ce qu'il doit; mais s'il le fait il doit demander que ses offres soient déclarées bonnes & valables, & si le Juge les trouve telles, alors il condamne le demandeur aux dépens; il n'y a que le cas de l'art. 15. du titre *des faillites & banqueroutes*, de l'Ordonnance de 1673. auquel ceux qui ont demandé plus qu'il ne leur étoit dû, pour favoriser une banqueroute frauduleuse, sont condamnés à 1500. livres d'amende & au double de ce qu'ils ont plus demandé; au surplus les quatre manieres par lesquelles on peut plus demander sont fort remarquables, sur tout à l'égard des obligations alternatives, dans lesquelles c'est une maxime certaine, que le choix de l'une de deux choses que

le debiteur a promis de faire ou de donner lui appartient.

Il est encore fait mention dans ce titre des actions préjudicielles, qui sont celles du jugement desquelles dépend celui d'autres actions; par exemple, dans les questions d'état, quand un fils demande que son pere soit tenu de le reconnoître pour tel, & une femme que son mari soit condamné à la recevoir en qualité de son épouse legitime; ces actions étoient intentées séparément dans le Droit Romain, & ne tendoient simplement qu'à la reconnoissance de l'état & de la qualité prétendue: c'est pourquoi Theophile dit que ces actions *sola intentione constant*, mais en France nous y joignons en même temps les demandes personnelles & réelles qui en dépendent par une consequence nécessaire, comme la maintenüe dans le bien de la succession, la fourniture des alimens, l'entretien & autres choses qui sont dûes respectivement à raison de ces qualités.

On infere du §. *si quis aliud*, & de la loi 3. cod. *de edendo*, qu'il est permis de corriger & changer ses libelles de demandes jusqu'au jugement du procès; mais quand le changement du libelle a été fait après la contestation en cause, celui qui

l'a fait est tenu de payer les dépens de la procédure faite jusqu'à ce temps : on peut même en cause d'appel corriger la demande, parce que la Sentence sujette à l'appel n'a pas l'autorité des choses jugées & que l'appel est une voye de Droit ouverte pour procurer aux parties la conservation entiere de leurs droits.

Il y a certaines personnes contre lesquelles on ne peut point demander une condamnation entiere de tout ce qu'elles doivent, parce qu'on est obligé de leur laisser les alimens & ne les pas reduire à la mendicité, *condemnantur in id quod facere possunt, hoc est deducto eo ne egeant.* Le mari, le pere, les associez, les donateurs, les soldats avoient ce privilege par le Droit Romain; mais nous ne l'admettons en France qu'en deux cas; l'un en faveur du donateur, selon le témoignage de M. Jean-Marie Ricard en son traité des donations liv. 4. chap. 7. sect. 1. & l'autre à l'égard des Beneficiers & des Prêtres, pour les revenus de leur benefice, *ne in opprobrium Cleri mendicare cogantur.*

Nos Auteurs François ont été en altercation concernant celui qui a fait abandonnement ou cession de ses biens à ses creanciers, pour sçavoir s'il est entiere-

ment liberé ou s'il est du moins tenu *in quantum facere potest* ; mais c'est pre-  
 ement un usage constant que si celui qui  
 a fait cession de ses biens, acquiert dans  
 la suite & se trouve avoir de nouvelles ta-  
 cultez au-delà de ce qui est nécessaire  
 pour sa subsistance, il peut être poursui-  
 vi par ses creanciers qui ne sont obligez  
 que de lui laisser de quoi vivre.

#### CHAPITRE IV.

*Des actions qui sont acquises contre  
 certaines personnes en traitant  
 avec d'autres.*

**Q**Uand nous traitons avec quelqu'un  
 en consequence de l'ordre d'un au-  
 tre, nous acquerons contre ce dernier l'ac-  
 tion qu'on appelle *quod jussu*, laquelle  
 par parité de raison & d'équité, est don-  
 née en France contre les personnes libres,  
 quoique par le Droit Romain elle ne fût  
 donnée que contre le maître & le pere de  
 famille, qui avoient permis à leurs esclaves  
 ou à leurs enfans de contracter & de  
 traiter de leur pecule ; nous suivons aussi  
 ce qui est marqué pour l'action *exercitoire*

ou *institoire*, qui ont lieu contre les maîtres des navires ou des marchandises, à raison des contrats faits ou passés avec leurs facteurs, commis ou préposés à la conduite des navires, ou de leur négoce, & par les Intendans, Maîtres-d'Hôtel, gens d'affaires des grands Seigneurs, qui sont condamnez à payer ce que ces gens ont emprunté pour leur table & leurs provisions.

Pour ce qui est dit de l'action *tributoire*, elle a son usage parmi nous en cas de déconfiture, comme on dit en pays coutumier, c'est-à-dire, lorsqu'un débiteur est devenu insolvable, & que tous les biens sont saisis par ses créanciers; alors les créanciers chirographaires sont payez au sol la livre, & par distribution égale, sans qu'il y ait aucune préférence pour le créancier premier saisissant.

Les actions de *peculio* & de *in rem verso*, peuvent être pratiquées dans le pays du Droit écrit, contre le pere de famille; mais rarement dans le pays coutumier,

## CHAPITRE V.

*Des actions noxales & de celles qui  
proviennent du dommage causé  
par les bêtes.*

**L**Es actions noxales ne sont pas en usage en France; & pour celles qui sont données à cause du dommage fait par les bêtes, il en a été parlé ci-devant, au titre des actions provenant des quasi-délits.

## CHAPITRE VI.

*Des personnes par le ministère desquelles, nous pouvons agir en jugement, & des cautions de payer le jugé.*

**L**Es cautions doivent être proposées par ceux à qui elles appartiennent; mais parce que c'étoit souvent une chose assez difficile à cause de l'absence ou des empêchemens des personnes intéressées, on fut reçu à plaider par procureur en matière civile, & même les amis de ceux

qui étoient appellés en justice furent admis à se presenter pour les défendre, pouveu qu'ils voulussent bailler caution de payer le jugé, sans quoi ils n'y étoient pas reçus, parce que c'étoit une regle generale que, *in judicio nemo alterius idoneus defensor credebatur sine satisfactione.*

En France, anciennement on ne pouvoit point être reçu à plaider par procureur sans en avoir obtenu la permission par lettres du Prince; mais aujourd'huy c'est tout le contraire, car on ne peut plaider que par le ministère d'un procureur, & si on n'en constituë pas, on est jugé comme défaillant. En matiere criminelle, l'accusé outre l'assistance de son procureur doit encore paroître personnellement devant le Juge, ou se remettre dans la prison pour répondre sur l'accusation: & c'est aussi en matiere criminelle que les accusés sont quelquefois obligés de bailler caution de se représenter ou payer le jugé, lorsqu'ils sont élargis en attendant le jugement du procès; car en matiere civile, il n'y a que les devolutaires & les étrangers, & selon quelques-uns ceux qui ont fait cession de biens qui soient tenus de bailler caution de payer le jugé, lorsqu'ils sont demandeurs.

## CHAPITRE VII.

*Des actions temporelles & perpétuelles, ou qui sont données aux héritiers ou contre eux.*

**N**ous appelons actions perpétuelles celles qui durent 30. ou 40. années, par rapport à ce qui étoit observé anciennement. En effet on trouve des loix anciennes par lesquelles les actions personnelles descendantes du Droit Civil duroient éternellement; mais cette durée étant trop préjudiciable au repos des particuliers & à la tranquillité publique, l'Empereur Theodose & ses successeurs bornèrent par leur constitution le terme de ces actions, & comme nous avons marqué au titre des prescriptions ce qui s'observe en France à cet égard, il seroit inutile de le repeter.

Pour ce qui concerne l'autre partie de ce titre, concernant les actions qui passent aux héritiers ou qui sont données contre eux, il faut convenir à l'égard du premier chef que les héritiers ont droit d'intenter toutes les actions que leurs Auteurs avoient contre d'autre personnes; & pour

le

DU DROIT FRANÇOIS: Soit  
le second, que les actions penales n'ayant  
pas lieu en France, comme il a été dit  
ci-dessus, ne peuvent point être données  
contre les heritiers en matiere civile: ce  
qui a lieu à plus forte raison pour les cri-  
minelles, parce que les crimes sont éteints  
par le décès, & que les peines sont per-  
sonnelles; mais pour les dommages & in-  
terêts, parce que la partie civile n'en fait  
la poursuite que pour son intérêt civil,  
on tient qu'ils peuvent être demandez  
après la mort de l'accusé, encore qu'on  
n'ait fait aucune demande contre lui pen-  
dant sa vie.

---

## CHAPITRE VIII.

*Des exceptions, repliques, dupli-  
ques, & autres défenses &  
soutenemens.*

**A**près que le demandeur a proposé  
son action, l'assigné oppose ses dé-  
fenses qui sont appellées exceptions par  
le Droit Romain: on les divise en dila-  
toires & peremptoires; les dilatoires ne  
tendent qu'à faire differer la poursuite &  
le jugement de l'action: elles sont prises ou

de la personne, ou de la convention faite à temps : par exemple, si on refuse de contester avec celui qui se dit procureur, parce qu'il ne justifie pas de la procuration, ou de payer la somme ou la chose demandée, sur ce qu'on soutient qu'il y a une convention par laquelle le creancier a donné un délai pour payer ; car ce délai étant expiré, & la procuration étant rapportée, la demande peut être poursuivie & jugée ; on peut renoncer aux exceptions dilatoires, regulierement elles doivent être proposées avant la contestation en cause.

Les exceptions peremptoires rendent l'action personnelle sans effet & operent la décharge du défendeur ; elles peuvent être proposées en tout état de cause, même en cause d'appel lorsqu'elles ont été ômises en premiere instance. Justinien en ce titre en propose quelques-unes ; par exemple, les pactions & conventions, la chose jugée, & ajoute qu'il y en a une infinité d'autres.

Nous appellons celles qui viennent d'être marquées des fins de non recevoir, parce qu'elles font que l'action proposée ne doit pas être reçue ; comme lorsqu'il y a un Arrest qui a jugé la même deman-

de, & en ce debouté le demandeur ; l'autorité de la chose jugée empêche de traiter de nouveau la même question , parce qu'autrement le jugement seroit inutile ; il en est de même des conventions & du serment litis-decisoire deféré à la partie , parce qu'on ne peut pas se dispenser de s'en tenir à ce dont on est convenu , & qu'il seroit injuste de ne se pas rendre à la foi du serment à laquelle on s'est volontairement rapporté.

Nous opposons encore de fins de non valoir , lorsque nous disons que celui qui nous intente un procès , n'a pas droit de le faire & que *agere non valet* ; de là vient le terme de fins de non valoir.

La réponse à l'exception est appelée replique , & celle qui est faite à la replique duplique & après triplique, quelquefois la cause est si susceptible de raisons contraires de droit & de fait qu'elles sont poussées jusqu'au-delà des tripliques , qu'il faut distinguer & développer exactement , pour bien entendre l'ordre d'une cause, & en bien faire l'analyse ; il est souvent nécessaire pour faire réussir l'exception , que le défendeur détruise l'obligation sur laquelle le demandeur fonde son action : c'est ce qu'on ne peut

faire en France ordinairement que par des Lettres Royaux de la Chancellerie, par lesquelles l'exception est convertie en action rescisoire, qui doit par les Ordonnances de Louïs XII. François premier & Charles IX. être intentée dans les dix ans, à compter de la date de l'acte ou du jour qu'on peut agir, après quoi on n'est plus reçu : ce qui s'entend des majeurs ; car à l'égard des mineurs, la prescription contre eux ne court que du jour de leur majorité, en telle sorte qu'ils peuvent demander la restitution en entier contre les actes qu'ils ont passés pendant le temps de leur minorité, jusqu'à ce qu'ils ayent l'âge de 35. ans accomplis.

Les femmes qui opposent le Velleien sont obligées de suivre la même règle, & de venir par action rescisoire, par lettres du Prince dans les dix ans, aussi bien que les fils de famille qui veulent se servir du Macedonien, à compter depuis leur émancipation, ou qu'ils ont cessé d'être sous la puissance paternelle ; mais le Roy Henry IV. par l'Edit de l'année 1606. rapporté par M. Louët, lettre V. nomb. 7. qui a été enregistré & publié au Parlement de Paris, & autres du pays coutumier, le Velleien a été entièrement ab-

rogé, comme une chose inutile & qui ne faisoit que servir de pretexte à la chicane & à la mauvaise foi : cela n'a pourtant pas été suivi dans le ressort des Parlemens de Toulouse, de Provence & autres du pays du Droit écrit, où l'on a crû que le Velleien devoit être regardé comme un moyen nécessaire pour garantir les femmes des surprises auxquelles elles sont exposées.

Le Macedonien ne peut aussi à la rigueur avoir lieu dans le pays coutumier, parce que les enfans ne sont pas sous la puissance paternelle; néanmoins il a paru tres-utile d'en recevoir l'usage contre les obligations faites par des fils de famille, à gros intérêts & pour des sommes considerables sans en faire aucun usage, mais seulement pour les dissiper, parce qu'il paroît en ce cas que l'argent a été prêté *perdituro*, & pour entretenir la débauche de la jeunesse depravée, ce qui est illicite & contre les bonnes mœurs. M. Claude de Ferriere sur le titre *quod cum eo qui in aliena potest. negot. gest. esse dic.* rapporte un Arrest de Reglement du Parlement de Paris, donné les chambres assemblées qui le declare ainsi.

Les repliques, dupliques, tripliques

& autres défenses, ne sont que la suite des raisons respectives des parties pour le soutien de leur cause: l'Ordonnance de 1667. titre 14. art. 3. abroge l'usage des duplicques, tripliques & autres écritures semblables: ce qui ne doit pas être entendu en telle sorte que les parties soient privées de la faculté de proposer toutes leurs défenses; mais l'Ordonnance a abrogé les délais differens que l'on gaignoit pour chacune de ces écritures, qui grossissoient & allongioient le procès d'une telle maniere, que l'Ordonnance a crû qu'il étoit nécessaire d'y pourvoir.

---

## CHAPITRE IX.

### *Des actions possessoires & interdits.*

**L**A plupart des actions dont il a été parlé ci-dessus, ont été reçues pour demander la propriété des choses: mais comme souvent on est plus jaloux de la possession que de la propriété, parce que la possession donne de tres-grands avantages, & qu'on entroit à ce sujet en des grandes querelles & contestations, en tel-

le sorte qu'on en venoit aux mains & aux voyes de fait ; le prêteur se crut obligé de faire des Reglemens pour l'acquisition & la conservation qui furent appellez *interdits* : ils furent ainsi appellez *quasi inter duos dicta*, parce que le prêteur les prononçoit aux parties, ou selon quelques-uns *quasi interim dicta*, parce qu'ils terminoient la contestation de la possession, en attendant la suite & la décision touchant la propriété ; ces interdits n'étoient donc que pour la possession ; la poursuite qu'on faisoit en consequence fut dans la suite du temps convertie en action, qu'on appella possessoire, terme que nous avons retenu en France.

La premiere division des *interdits* étoit en *prohibitoires*, *restitutoires* & *exhibitoires*, & la seconde en ceux qui regardent l'acquisition, la conservation & la restitution de la possession. On ne fait pas en France une grande attention à la premiere division, parce qu'on ne considere tous ces interdits ou actions possessoires, & les Sentences qui sont données en consequence que comme *prohibitoires*, d'autant que toutes ces Sentences finissent par des défenses qui sont faites de troubler en la possession celui à qui elle est adjudgée,

Mais la seconde est d'un usage constant: nous avons une action pour acquerir la possession, pour la conserver & pour la recouvrer lorsque nous l'avons perduë; par la premiere nous sommes saisis & mis en possession des choses que nous ne possédons pas & que nous n'avons point: il est vrai que les exemples de ces interdits ne sont pas frequens en France: ce que nos Praticiens appellent *recréance*, ou possession provisionnelle, n'est à vrai dire que l'adjudication par provision de la possession, en attendant une adjudication définitive, en consequence des actions *retinenda possessionis*, qui est ce que nous appelons complainte en cas de saisine & de nouvelleté: c'est pourquoi l'Ordonnance de 1667. dans le tit. 18. parle seulement des complaintes & réintégrandes, qui sont les deux interdits *retinenda & recuperanda possessionis*: l'action du premier qui est celle de l'interdit *ui possidetis* est appelée complainte en cas de saisine & de nouvelleté, parce que c'est une plainte que fait celui qui possède, du trouble qui lui est causé en sa saisine, c'est-à-dire en sa possession, & c'est pour cela qu'elle est appelée plainte en cas de saisine: on ajoute en cas de nouvelleté, parce qu'elle est

D U D R O I T F R A N Ç O I S. 209  
faite à l'occasion du trouble arrivé nouvel-  
lement & depuis peu ; car cette plainte  
doit être formée dans l'année du trouble ,  
comme il est marqué par l'Ordonnance  
de 1667. art. 1. du tit. *des complaints &  
reintegrantes* : on l'appelle encore com-  
plainte , parce que tous les prétendans se  
soutenans possesseurs legitimes se plaig-  
nent respectivement du trouble fait en  
leur possession , & c'est la raison pour la-  
quelle il est necessaire en matiere benefi-  
ciale , quand il s'agit du possessoire des  
benefices , que ceux qui veulent y être  
maintenus après en avoir obtenu les titres  
commencent par en prendre la possession,  
sans quoi ils ne sçauroient être reçûs à in-  
tenter l'instance de complainte , comme  
l'enseigne M. Loüet lettre C. nomb. 10.

La reintegrante est intentée par celui  
qui a été depouillé de la possession contre  
celui qui l'en a depouillé par force, voyes  
de fait, ou quelque autre maniere ; elle  
tend à faire ordonner que la possession se-  
ra restituée au demandeur. Ce qu'il y a  
de particulier en France touchant cet in-  
terdit, est que par le Droit Romain il ne  
pouvoit point être intenté que contre la  
personne de celui qui avoit fait l'expolia-  
tion ; mais nous avons suivi l'équité du

Droit Canonique qui a accordé cette action contre le tiers possesseur, s'il a pris la possession de celui qu'il sçavoit être coupable de l'expoliation, cap. *sape, ext. de restit. spoliatorum*; & même encore qu'il n'en eût aucune connoissance, cap. *reintegranda, eodem*, comme a remarqué Guenois en sa note sur le chap. 17. du liv. 1. de la pratique civile & criminelle d'Imbert.

L'article de l'Ordonnance qui a été cité fait voir que la complainte en cas de saisine & de nouvelleté doit être formée dans l'année du trouble: ce qui est conforme au Droit Romain qui établit dans la loi 1. *de interdictis* au dig. que *omnia interdicta sunt annalia*; & par cette raison quelques-uns ont crû que si l'on manque d'intenter la complainte dans l'an du trouble, on n'a plus d'autre voye que celle de la vendication de la propriété; mais le doctre Leschassier a fait voir au chap. de la simple saisine que par le Droit Romain, outre ces interdits, on avoit une action civile qui duroit trente ans pour repeter la possession, selon la loi 15. ff. *de conditione indebiti*, & que cette action étoit reçûe en France, & étoit appelée en cas de simple saisine, avec cette

différence, qu'en France elle ne dure que dix ans : c'est ce qui a été remarqué aussi par Rebuffe au traité des matieres possessoires art. 2. nomb. 6. & 8. sur les Ordonnances Royaux.

Mais pour ce qui concerne les meubles on ne pratique point en France l'interdit *utrubi* pour leur seule possession, parce qu'ils ne sont pas estimez assez considerables pour produire une action separée au sujet de leur simple possession. La question de leur propriété & celle de la possession se décide en même temps, commel'a remarqué le même Rebuffe en l'endroit qui vient d'être cité, & c'est ce qui est assez établi par l'Ord. de 1667. art. 1. *des complainies & reintegrandes*, qui n'accorde la complainte en cas de saisine & de nouveleté que lorsqu'il s'agit de l'universalité des meubles, parce qu'il est question pour lors d'un droit & d'un titre universel.

Du reste il est tres-important de faire attention à ce qui est porté par le §. 5. de ce titre, que nous possedons non seulement par nous-mêmes, mais encore par le ministere d'autrui, comme par nos fermiers, depositaires ou detenteurs à titre de precaire, de sorte que si ceux-là sont troublés dans la perception des fruits

nous pouvons intenter instance de complainte en notre nom, parce que nous avons la possession civile & la naturelle par leur ministere; mais le fermier, le depositaire & le detenteur à titre de precarie ne peuvent point la former selon notre usage, par lequel elle n'est accordée qu'à ceux qui possèdent en qualité de propriétaires & *animo domini*. On doit enfin se souvenir de ce que dit M. Cujas dans le paratitle du code, au titre de l'interdit *uti possidetis, hoc interdicto is vincit qui toto superiore anno, ipse, auctoritate ejus, nec vi, nec clam, nec precario, ab adversario possedit.*

*Selon imbr  
liv. i. ch. i.  
n. 6 il suffit  
d'être en pos-  
sion l'année  
trouble faire  
avoir posside-  
pendant  
Car on peut*

## CHAPITRE X.

### *De la peine des plaideurs temeraires.*

C'Est avec beaucoup de raison que les législateurs ont décerné des peines contre ceux qui intentent des procès sans fondement, par un esprit de vexation & de chicane, qui a pour but d'enlever le bien d'autrui, ou de se donner le cruel plaisir de chagriner son voisin ou son ennemi; la peine la plus naturelle & qu'ils ne peuvent éviter, est la condamnation des dépens, dont le remboursement n'est

pas tant une peine qu'une indemnité justement dûë; elle n'est pas même toujours suffisante, quelquefois il faut encore une condamnation de dommages & intérêts: c'est ce que Justinien marque à la fin du 1. §. de ce titre, lorsqu'il dit que *improbis litigator damnum & impensas litis adversario suo inferre cogatur*, où le mot *damnum* signifie les dommages & intérêts, ce qui a été ainsi ordonné par les art. 78. & 79. de l'Ordonnance de 1539. mais qui n'est gueres observé à l'égard des dommages & intérêts provenans de l'instance.

Outre la condamnation aux dépens, les Ordonnances veulent encore que ceux qui succombent dans les procès soient condamnés en quelque amende, ce qui a lieu à l'égard de ceux qui sont deboutés d'une Requête civile, de tiers opposans & de ceux qui ont interjetté des appellations simples & des appellations comme d'abus comme on peut voir par l'Ordonnance de 1667. au tit *des Requêtes civiles*.

La nécessité que l'Ordonnance impose de condamner aux dépens la partie qui succombe, n'empêche pas qu'on ne les puisse compenser en tout ou en partie, lorsqu'une des parties succombe en quelque point de son côté, parce que *paria delicta*

*compensantur* par la regle du Droit, parce que par la compensation chaque partie fait un payement respectif.

Pour ce qui est du serment de calomnie que les parties doivent prêter suivant Justinien, avant que d'être reçûs à plaider, & qui oblige le demandeur & le défendeur à déclarer avoir bonne cause : c'étoit à la verité une juste precaution ; mais les hommes sont devenus si pervers & si passionnés, que c'étoit la source d'une infinité de parjures, en sorte qu'il a été nécessaire d'y obvier par l'abolition de ce serment : c'est ce qui a fait aussi que nous ne suivons pas le Droit Romain pour ce qui concerne l'infâmie qui étoit encourue de plein droit par les condamnations pour cause de tutelle, curatelle, mandat, société, dépôt & autres semblables, parce que cela produiroit un grand nombre d'infâmies.

Nous n'admettons point la peine d'infâmie en matiere civile, mais seulement en matiere criminelle.

Le §. dernier de ce titre contient une remarque tres-utile, sçavoir que la vocation en cause est la base & le fondement de toute l'instruction & du jugement, ainsi comme c'est la premiere pierre de tout l'édifice, on doit avoir un soin parti-

DU DROIT FRANÇOIS. 63  
culier de la poser solidement : c'est pour-  
quoi l'Ordonnance de 1667. en a marqué  
toutes les formalitez avec la dernière exac-  
titude dans le titre *des ajournemens.*

---

## CHAPITRE XI.

### *Du devoir du Juge.*

**O**N trouve plusieurs preceptes tou-  
chant le devoir du Juge dans une  
infinité d'endroits du dig. & du code ;  
mais ce titre en touche les principaux arti-  
cles , dont le premier est que le Juge doit  
juger selon les loix : en suivant inviolable-  
ment cette regle dans ses jugemens , il ne  
peut jamais que bien faire parce que les  
loix ne sont faites que pour *discerner au*  
*vrai les choses justes & injustes*, & pour  
marquer ce qu'il est bon de faire ou d'é-  
viter. Les Juges n'ont été établis que pour  
être leur organe , & comme les loix sont  
des Magistrats muets , les Magistrats sont  
des loix vivantes & animées. Les loix ne  
peuvent s'expliquer dans les occasions que  
par leur bouche ; c'est pourquoi ils doi-  
vent prendre garde de juger au contraire  
& d'y contrevenir.

Nos Rois par plusieurs Ordonnances ,  
entre autres par celles d'Orleans art. 57.

& de Blois art. 1. ont déclaré tous Arrests & Jugemens rendus contre la disposition des Ordonnances être de nul effet & valeur, & c'est ce que la nouvelle Ordonnance de 1667. au titre *de l'observation des Ordonnances* art. 8. a confirmé en ajoutant même que les Juges qui les auront rendus seront responsables des dommages & interêts des parties, ainsi qu'il sera avisé par le Roy, pardevers lequel on se pourvoit en son Conseil privé pour demander la cassation des Arrests des Cours superieures contenans des contraventions à l'Ordonnance.

L'office du Juge, dans les actions réelles est de condamner le possesseur qui succombe à la restitution des fruits depuis l'occupation si ce possesseur est de mauvaise foi, on ne fait aucune difference entre les fruits naturels & industriels. Le possesseur de bonne foi les gagne indistinctement jusqu'à à la contestation en cause; & on ne distingue pas aussi les fruits extans & consommés, & ceux qui ne le sont pas; ils sont censés consommés dès le moment qu'ils sont perçus: cependant ceux qui sont possesseurs de bonne foi au commencement doivent être condamnés à la restitution des fruits, même de ceux avant la contestation

en cause, s'il est prouvé qu'ils ayent été auparavant en demeure & mauvaise foi.

Quant à l'action appellée en droit *ad exhibendum*, les Auteurs tiennent qu'elle n'est pas en usage en France, & que lorsque nous voulons vendiquer une chose mobiliere, nous ne demandons pas que celui que nous soutenons être le possesseur soit tenu de la représenter; mais bien de la restituer, & s'il conteste la possession, c'est à nous à prouver qu'il l'a: si nous avons quelque défiance de sa solvabilité ou de sa bonne foi, nous demandons que la chose soit sequestrée & mise en main tierce. Quant aux actions de division & partage d'heredité, ou d'une chose particuliere, ou à ce que soient plantées des bornes ou des limites, ce qui est décidé par le Droit Romain est si juste que le Droit François n'y a rien touché ni chargé. Il est seulement à remarquer pour la division des choses communes, qu'elle peut être demandée par chacun des propriétaires, pourveu que la chose puisse être facilement divisée, cela doit être examiné par experts; & si la division ne peut être faite commodément, on a coûtume de mettre la chose en licitation, où l'on reçoit les propriétaires & les étrangers à encherir.

## CHAPITRE XII.

*Des jugemens publics en matiere  
criminelle.*

**L**A poursuite de la vengeance des crimes graves étoit permise à un chacun du peuple par le Droit Romain, c'est pourquoi ces crimes étoient appellés publics, aussi-bien que les jugemens qui étoient rendus à leur occasion ; mais afin qu'on n'entreprît pas temerairement une accusation, on étoit obligé de s'inscrire & de la signer : par cette inscription on étoit soumis à la peine du talion, il n'en est pas de même en France, il n'y a que les parties intercessées qui ont été blessées ou offensées qui en puissent demander la reparation, & ils ne peuvent conclure qu'aux reparations civiles ; car la conclusion pour la punition & peine afflictive ou de droit, ne peut être prise que par les Procureurs du Roy ou des Seigneurs, qui sont les seuls qui ont le droit de poursuivre la punition des crimes pour la vindicte publique : c'est pourquoi la partie civile demande la jonction de Messieurs les Gens du Roy : on a suivi cette jurisprudence nonobstant le sentiment de

quelques Auteurs qui prétendent que la partie offensée peut conclure à la peine afflictive pour le soulagement de sa juste douleur, comme à la réparation pour l'indemnité de la perte que le crime lui a causé : c'est par cette raison que les parties peuvent transiger valablement de toute sorte de crimes pour ce qui concerne leur intérêt, qui se réduit à la réparation civile & aux dommages & intérêts ; mais leur transaction n'empêche pas que Messieurs les Gens du Roy ou leurs Substituts ne puissent continuer leurs poursuites en leur nom, lorsqu'il y a lieu à peine corporelle & afflictive.

On peut néanmoins se rendre denonciateur à Messieurs les Gens du Roy, quand on veut poursuivre en leur nom la punition du crime, & ces denonciations sont reçûës dans un registre, qui est tenu à cet effet par Messieurs les Gens du Roy où le denonciateur signe sa denonciation, en consequence de laquelle il est obligé de fournir aux frais du procès & de l'instruction, & de payer les dépens, dommages & intérêts à l'accusé, si l'accusation n'est pas prouvée ; pour cet effet Messieurs les Gens du Roy sont obligés après le procès jugé de déclarer le nom du denoncia-

teur suivant l'art. 73. de l'Ordonnance d'Orleans, afin que l'accusé puisse repe-  
 ter contre lui la reparation civile ; ce qui  
 fait voir que par notre usage il n'y a point  
 d'accusation, en la maniere qu'elle étoit  
 pratiquée chez les Romains, où les parti-  
 culiers étoient accusateurs publics ; au lieu  
 que parmi nous, c'est M. le Procureur  
 General ou ses Substituts qui ont seuls  
 cette faculté : c'est pourquoi nous ne pra-  
 tiquons que la voye de l'information ou  
 de l'enquête : par le Droit Romain la  
 procedure criminelle étoit publique, sinon  
 quand il s'agissoit du crime de leze-Ma-  
 jesté, en telle sorte que les témoins étoient  
 interrogés en public, & en presence de  
 toutes parties ; mais en France depuis  
 l'Ordonnance de 1539. cette procedure  
 est toute secrette jusqu'aux confrontations  
 des témoins, & cette Ordonnance a pre-  
 feré le secret de la procedure à cause que  
 les accusés corrompoient les témoins par  
 une infinité de mauvais artifices lorsqu'ils  
 sçavoient le nom & le contenu des dé-  
 positions.

Nous avons cela encore de particulier  
 dans le Droit François que la simple en-  
 treprise d'un crime capital n'est pas pu-  
 nie de la même maniere que si le crime

avoit été consommé, par exemple, celui qui a tiré l'épée pour tuer, n'est pas puni de la même manière que s'il eût effectivement tué.

On ne suit donc pas la disposition de la loi *is qui cum telo*, ff. *ad leg. Corn. de sic.* ni ce que dit Cicéron dans son oraison *pro Milone*, qu'en fait de grands crimes s'ils ne sont pas consommés, il n'y a pas tant de quoi être affligé; mais que l'action est également punissable, *dolendum certè minus est, sed puniendum nihilominus est*, & nous croyons que ce qui merite moins de douleur, merite aussi une plus petite peine; nous distinguons, ce semble avec raison par rapport à la peine, la simple entreprise d'avec la consommation, si ce n'est en certains crimes graves, comme duel & crime de leze-Majesté.

On distingue en France les cas royaux, prévôtaux & privilégiés; on peut en voir la différence dans l'Ordonnance criminelle au titre *de la competence des Juges*. Quant aux diverses peines, elles sont marquées pour chaque crime par les Ordonnances Royaux.

---

APPROBATION.

J'Ay examiné par ordre de Monseigneur le Garde des Sceaux, un manuscrit intitulé *Institutions du Droit François par M.\*\*\* Avocat en Parlement*, & je n'y ay rien trouvé qui puisse empêcher l'édition. Fait à Paris ce vingt-cinq Juillet 1722. RASSICOD.

---

*Privilege du Roi.*

LOUIS PAR LA GRACE DE DIEU ROY DE FRANCE ET DE NAVARRE: A nos amez & feaux Conseillers les Gens tenans nos Cours de Parlement, Maistres des Requestes ordinaires de notre Hostel, Grand Conseil, Prevost de Paris, Baillifs, Senechaux, leurs Lieutenans Civils, & autres nos Justiciers qu'il appartiendra, SALUT. Nostre bien-ame JEAN-BAPTISTE COIGNARD, l'un de nos Imprimeurs ordinaires & Libraires à Paris, Nous ayant fait remontrer qu'il lui avoit été mis en main un manuscrit qui a pour titre, *Institutions du Droit François, par M.\*\*\* Avocat en Parlement*, s'il nous plaisoit lui accorder nos Lettres de Privilege sur ce necessaires A CES CAUSES voulant traiter favorablement ledit sieur Exposant; Nous ui avons permis & permettons par ces presentes d'imprimer ou de faire imprimer ledit Livre en tels volumes, forme, marge, caractere, conjointement ou separément, & autant de fois que bon luy semblera, & de les vendre, faire vendre & debiter par tout notre Royaume, pendant le tems de DIX ANNEES consecutives, à compter du jour de la date desdites Presentes. FAISONS DEFFENSES à toutes sortes de personnes, de

### *Privilege du Roi.*

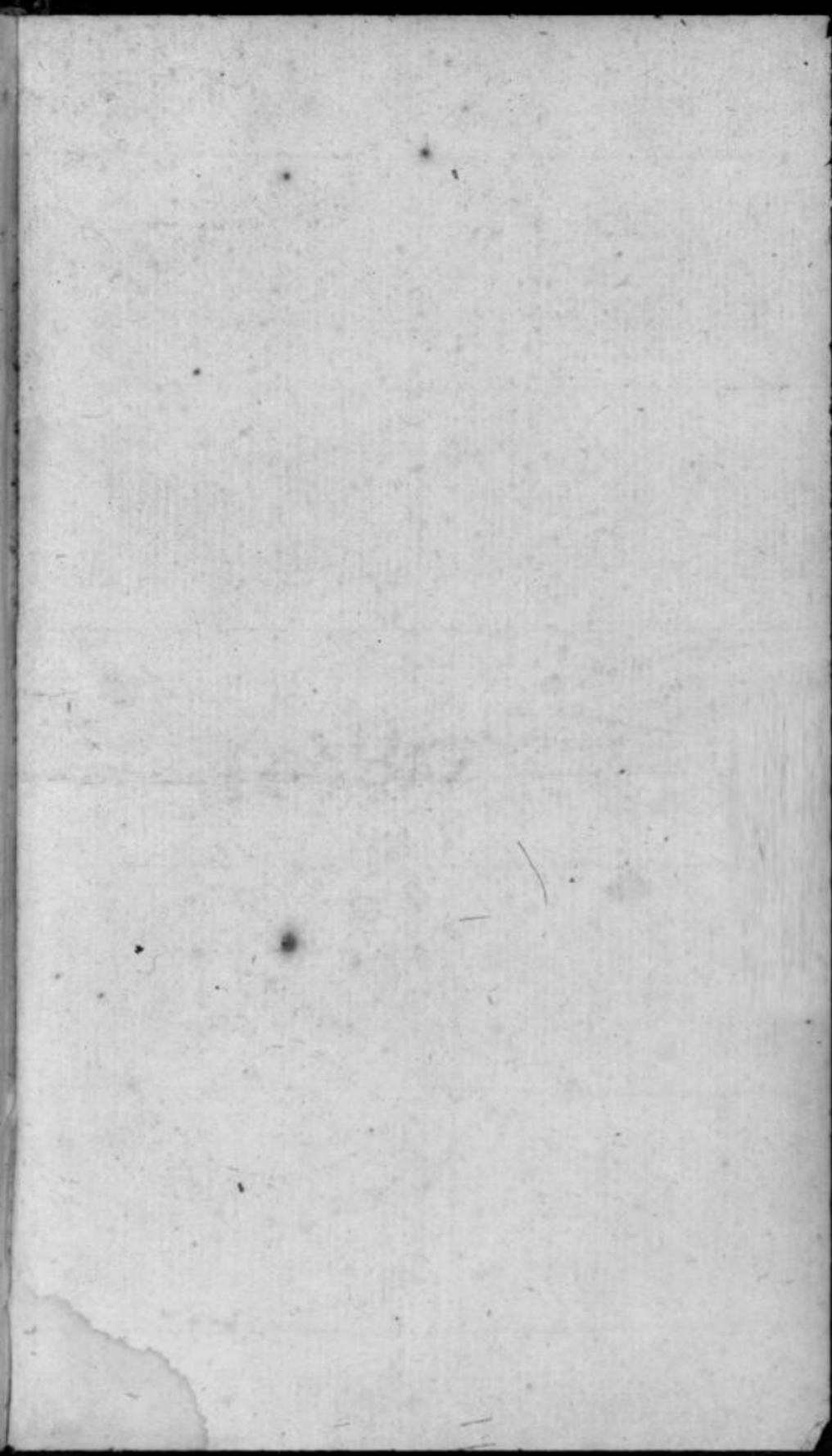
quelque qualité & condition qu'elles soient, d'en introduire d'impression étrangere dans aucun lieu de notre obeïssance ; comme aussi à tous Libraires & Imprimeurs, & autres, d'imprimer, faire imprimer, vendre, faire vendre, debiter, ni contrefaire ledit Livre, en tout ni en partie, ni d'en faire aucuns extraits, sous quelque prétexte que ce soit, d'augmentation, correction, changement de titre ou autrement, sans le consentement par écrit dudit Exposant, ou de ceux qui auront droit de luy, à peine de confiscation des exemplaires contrefaits, de quinze cens livres d'amende contre chacun des contrevenans, dont un tiers à Nous, un tiers à l'Hôtel-Dieu de Paris, l'autre tiers audit Exposant, & de tous dépens, dommages & interests. A LA CHARGE, que ces Presentes seront enregistrées tout au long sur le Registre de la Communauté des Imprimeurs & Libraires de Paris, & ce dans trois mois de la date d'icelles : que l'impression de ce Livre sera faite dans notre Royaume & non ailleurs, en bon papier & en beaux caracteres, conformément aux Reglemens de la Librairie : Et QU'AVANT que de les exposer en vente, le manuscrit ou imprimé qui aura servi de copie à l'impression dudit Livre, sera remis dans le même estat où l'Approbation y aura été donnée, ès mains de notre très-cher & féal Chevalier Garde des Sceaux de France le sieur FLEURIAU D'ARMENONVILLE, & qu'il en sera ensuite remis deux exemplaires dans notre Bibliotheque publique, un dans celle de notre Château du Louvre, & un dans celle de notre très-cher & féal Chevalier Garde des Sceaux de France le Sieur FLEURIAU D'ARMENONVILLE ; le tout à peine de nullité des Presentes : DU CONTENU DES QUELLES Vous mandons & enjoignons de faire jouir l'Exposant ou ses ayans cause, pleinement & paisiblement, sans souffrir qu'il leur soit fait aucun trouble ou empêchement : Voulons que la copie desdites Presentes qui sera imprimée tout au long au commencement ou à la fin dudit Livre, soit tenue pour dûment signifiée, & qu'aux copies collationnées par l'un de nos amez & feaux Conseillers & Secretaires, foy soit ajoustée comme à l'original. COMMANDONS au premier notre Huissier ou Sergent, de faire pour l'exécution d'icelles tous actes requis & nécessaires, sans demander autre permission,

*Privilege du Roy.*

& notwithstanding clameur de Haro, Charte Normande  
& Lettres à ce contraires : Car tel est notre plaisir,  
DONNE' à Paris le septième jour du mois d'Aoust,  
l'an de Grace mil sept cens vingt-deux, & de notre  
Regne le septième. Par le Roy en son Conseil. DE  
SAINT HILAIRE, & scellé.

*Registré sur le Registre V. de la Communauté des Li-  
braires & Imprimeurs de Paris, page 175. N. 200,  
conformément aux Reglemens, & notamment à l'Arrest  
du Conseil du 13. Aoust 1703. A Paris le 7. Aoust 1722  
Signé, DELAULNE Syndic.*







14

