

Traité des hypoteques. Donné pour Supplément au Stile universel, concernant les Saisies & Exécutions, tant des Meubles que des Immeubles. Contenant la maniere [...] & par quels moyens les Hypotèques sont éteintes. Avec des nouvelles Observations [...] & à la Jurisprudence des Arrêts.

*Par Me. J. A. Soulatges, Avocat au Parlement de Toulouse.
A Toulouse, 1761.*

Page de titre

Avertissement

Errata du traité des hypothèques

Table des chapitres contenus dans cet ouvrage.

Chap. I. De la qualité des Notaires & des formalités dont les Contrats doivent être revêtus pour donner hypothèque.	1
Chap. II. De quelle maniere on peut acquérir une hypothèque, & de quel jour elle commence à courir sur les Biens des personnes obligées.	47
Chap. III. Des Biens qui peuvent être hypothéqués, & de ceux qui ne peuvent pas l'être.	90
Chap. IV. Des personnes qui peuvent hypothéquer leur Biens & de celles qui ne peuvent pas les hypothéquer.	118
Chap. V. Quels sont les effets de l'hypothèque, tant sur les Meubles, que sur les Immeubles.	170
Chap. VI. De la subrogation à l'hypothèque des Créanciers, & comment elle se fait.	181
Chap. VII. De quelle maniere l'hypothèque finit & s'éteint.	242
Chap. VIII. Des Cautions ou Fidejusseurs.	320
Chap. IX. De la nécessité du Commandement, pour la validité des Saisies, soit mobilières ou réelles, & de sa durée.	378
Chap. X. Du bénéfice de discussion accordé aux tiers-Acquereurs.	403
Chap. XI. De la préférence entre Créanciers, sur le prix provenant de la vente des meubles & des immeubles saisis, & des droits dont jouissent les Sequestres, les Fermiers judiciaires, & les Commissaires aux Saisies réelles, pendant les instances de Décret.	432

[INDEX] Table des matières Contenuës dans cet Ouvrage **451**

Approbation et privilège du roi

T R A I T É

D E S

HYPOTÉQUES.

Donné pour Supplément au Stile universel, concernant les Saïstes & Exécutions, tant des Meubles que des Immeubles.

CONTENANT la maniere en laquelle on acquiert les Hypotéques sur les Meubles, & sur les immeubles, la Subrogation aux Hypotéques des Créanciers, & par quels moyens les Hypotéques sont éteintes.

Avec des nouvelles Observations sur la maniere des Saïstes & Exécutions, le tout conformément aux Ordonnances Royaux, & à la Jurisprudence des Arrêts.

Par Me. J. A. SOULATGES, Avocat au Parlement de Toulouse.

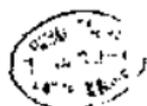


A TOULOUSE,

Chez ANTOINE BIROSSE, Libraire juré de l'Université, Ruë S. Rome, à la Bible d'Or.

M. DCC. LXI.

Avec Approbation, & Privilège du Roi.



AVERTISSEMENT.

QUOIQUE l'Auteur du Style universel, concernant les Saïfies, ait parlé dans plusieurs Chapitres de son Traité, des différentes Hypotèques des Créanciers, sur les Biens de leurs Débiteurs; néanmoins, comme cette matiere se trouve confondue dans le corps de l'Ouvrage, à mesure que le sujet l'a demandé, & que d'ailleurs elle y est traitée succintement, le même Auteur a cru, que pour faire mieux entendre la matiere des Hypotèques, & lui donner l'étendue qui convient à une matiere aussi importante, & reparer en même tems les fautes & omissions qui peuvent s'être glissées dans les autres matieres qui sont traitées dans cet Ouvrage, il falloit le faire par un supplément, qui contienne en abrégé, tout ce qui peut avoir trait à cette matiere, & ce que les Auteurs anciens &

AVERTISSEMENT.

modernes , en ont écrit conformément au
Droit Romain, & à la Jurisprudence des
Cours Souveraines.

E R R A T A
DU TRAITÉ
DES HYPOTHEQUES.

*P*age 60. ligne 28. & qui, lisez, & ceux qui.

*P*age 146. ligne 11. tetenir, lisez retenir.

*P*age 156. ligne 4. par la moitié, lisez pour la moitié.

*P*age 162. ligne exaluerint, lisez exsolvent.

*P*age 164. ligne 13. en ratific, lisez la ratific.

*P*age 207. ligne 30. s'il ne peut, lisez & il ne peut.

*P*age 213. ligne 27. ce nous, lisez, ce que nous.

*P*age 264. ligne 15. il a répondu, lisez, elle a répondu.

*P*age *ibid.* ligne 28. le Débiteur, lisez les Débiteurs.

*P*age 357. ligne 6. de donean, lisez, de Domano.

*P*age 360. ligne 15. il ne doit pas, lisez, elle ne doit pas.

*P*age 363. ligne 10. unaque fonte, lisez,

E R R A T A.

unoque fonte.

Page 364. ligne 14. qu'il a payé, lisez,
qu'elle a payé.

Page 368 ligne 1. l'un des Cautions, lisez,
l'une des Cautions.

Page 399. ligne 15. entretient, lisez, en-
tretiennent.

Page 400. ligne 5 & ne peut pas, lisez, ne
peut pas.

Page 414. ligne 9. que sur les Biens, lisez,
sur les Biens du Défunt.

T A B L E

D E S C H A P I T R E S

CONTENUS DANS CET OUVRAGE.

- CHAP. I. *D*E la qualité des Notaires
& des formalités dont les
Contrats doivent être revêtus pour donner
hypothèque. page 1.
- Chap. II. *D*e quelle manière on peut ac-
quérir une hypothèque, & de quel jour elle
commence à courir sur les Biens des per-
sonnes obligées. 47.
- Chap. III. *D*es Biens qui peuvent être hy-
potéqués, & de ceux qui ne peuvent pas
l'être. 90.
- Chap. IV. *D*es personnes qui peuvent hy-
potéquer leur Biens & de celles qui ne
peuvent pas les hypothéquer. 118.
- Chap. V. *Q*uels sont les effets de l'hypo-
thèque, tant sur les Meubles, que sur
les Immeubles. 170.
- Chap. VI. *D*e la subrogation à l'hypothèque
des Créanciers, & comment elle se fait.
181.
- Chap. VII. *D*e quelle manière l'hypothèque
finit & s'éteint. 242.

Chap. VIII. *Des Cautions ou Fidejusseurs.*

320.

Chap. IX. *De la nécessité du Commandement, pour la validité des Saisies, soit mobilières ou réelles, & de sa durée.*

378.

Chap. X. *Du bénéfice de discussion accordé aux tiers-Acquereurs.*

403.

Chap. XI. *De la préférence entre Créanciers, sur le prix provenant de la vente des meubles & des immeubles saisis, & des droits dont jouissent les Sequestres, les Fermiers judiciaires, & les Commissaires aux Saisies réelles, pendant les instances de Décret.*

431.

Fin de la Table des Chapitres.

TRAITÉ



T R A I T É
D E S
HYPOTÉQUES,

DONNÉ pour supplément au Style universel, concernant les Saïses & Exécutions, tant des meubles que des immeubles.

CHAPITRE PREMIER.

DE la qualité des Notaires, & des formalités dont les Contrats doivent être revêtus pour donner Hypotéque.

LES Contrats qui donnent hypotéque, sont sans doute, les Actes publics dont nous avons parlé dans notre Traité, parce qu'ils sont passés par-devant Notaire &

Témoins ; & que par-là étant revêtus de la foi publique , ils sont reçus en Justice. Mais comme toute sorte d'actes & Contrats passés ou retenus par des Notaires n'ont point une forme authentique pour donner hypothèque en faveur des Contractans , il importe de distinguer ceux qui sont véritablement revêtus des formalités nécessaires pour produire cet effet, de ceux qui ne le sont pas.

Dans les premiers siècles , où la candeur & la bonne-foi regnoient parmi les hommes , les Parties qui vouloient contracter , se contentoient de faire leurs conventions , & de déclarer leurs volontés , en présence de deux ou trois personnes qu'elles prenoient pour témoins de la sûreté de leur execution ; ce qui se pratiquoit ainsi , en suivant le conseil de S. Jean dans son Evangile , *Chap. 8. v. 17* , où il s'explique en ces termes : *Christus dixit : In lege vestra scriptum est , quia duorum hominum testimonium verum est.*

S. Paul le dit aussi aux habitans de Corinthe , dans la seconde Épître , *Chap. 13. v. 1. In ore duorum vel trium testium stabit omne verbum.* Enforte que dans ce tems-là les écrits ni les seings des Parties n'étoient pas nécessaires pour assurer l'exécution des conventions : & s'il se trouvoit quelqu'un qui voulût manquer à sa paro-

le, le témoignage de ces deux ou trois personnes étoit suffisant pour le faire condamner.

Mais depuis que cette bonne-foi a cessé parmi les hommes, & que la corruption des mœurs a fait voir le péril qu'il y auroit de s'en rapporter à la déposition de deux ou trois personnes, soit par la facilité qu'il y avoit de les corrompre, ou par le danger qu'elles fussent prévenues par la mort, la nécessité de l'écriture fut introduite comme un moyen plus assuré pour établir la preuve des conventions des parties. On commença d'abord à faire écrire les Actes par des Scribes qui les retenoient en présence des Contractans, par notes ou par chiffres : De là vient, suivant la commune opinion, le nom de *Notaire*, parce que les Scribes mettoient dans les Actes leurs notes, leurs cachets, & leurs noms par chiffres; de sorte que dans ce tems là les Actes n'étoient point signés par ceux qui les écrivoient : ils se contentoient d'y mettre leurs sceaux ou cachets.

Et la raison que donne de cet usage Loyseau dans son *Traité des Offices*, *Liv. 2, Chap. 4*, c'est que dans ces premiers tems peu de personnes sçavoient écrire, & que les sceaux & cachets étoient plus aisés à reconnoître, que n'eût été la signature parmi des gens qui ne sçavoient pas écrire.

4 *Traité des Hypothèques.*

Dans la suite, sur les inconveniens qui survenoient du défaut de signature des Actes, nos Rois rendirent plusieurs Ordonnances, & notamment celles de François I. de l'année 1525. art. 8. Celle de 1539. art. 79. & celle de 1560. art. 83. par lesquelles il est enjoint à tous Notaires & Tabellions de faire de bons & fidèles Registres, pour y enregistrer & insérer les notes & minutes des contrats, & autres Actes par eux reçus, & de les signer de leur seing, si près de la lettre, qu'on n'y puisse rien ajouter.

Quoique les Actes ne soient pas signés du Notaire ou Tabellion, ils ne laissent point de faire foi en Justice, pourvu qu'ils soient antérieurs à l'Ordonnance de 1680. déjà citée, parce que tous ceux qui sont postérieurs, sont nuls, s'ils ne sont signés du Notaire & des Parties, conformément à cette Ordonnance.

Sur quoi, il faut prendre garde, que pour que les Actes non signés soient valables, il faut que le Régistre du Notaire soit trouvé en bon état; c'est-à-dire, que les Actes y soient insérés de suite, qu'ils soient écrits d'une même main, & d'un caractère uniforme, sans quoi ils pourroient être regardés comme suspects, & on pourroit les réjeter.

Nous ne rapporterons pas ici l'origine

des Notaires & leurs progrès , parce que cette histoire est plus curieuse qu'utile , & n'a aucun rapport à la matière que nous traitons. Nous observerons feulement , que suivant la conjecture de plusieurs Auteurs , les Notaires étoient autrefois des Esclaves publics , *Servi publici* , parce qu'ils étoient choisis & achetés des deniers publics , pour faire à l'égard de tous les absens , ce que les esclaves particuliers pouvoient faire pour leurs Maîtres ; de sorte qu'en cette qualité d'Esclaves publics , ils pouvoient stipuler dans les Actes , & acquérir pour les personnes absentes.

D'autres prétendent au contraire , que les Notaires ont toujours été des personnes libres , & que c'est une erreur de croire qu'ils aient été originairement des Esclaves , & que cette erreur a pris sa source , de ce qu'on a confondu les Tabellions avec les Tabulaires , qui étoient véritablement des Esclaves employés à garder les Archives où l'on enfermoit les titres publics ; c'est pourquoi ils étoient appelés *Tabularii Civitatum*.

Ces Tabulaires , disent-ils , étoient encore employés à écrire & à signer pour les illiterés , & à stipuler pour ceux qui ne le pouvoient pas eux-mêmes ; au lieu que ces Tabellions étoient des personnes libres , & des Officiers publics , employés à rece-

voir les Actes, comme l'a observé M. Cujas, sur la Loy 15. au Code de Decurionibus, & sur le Titre De Tabulariis.

D'autres enfin, comme Ferriere, dans son Dictionnaire de la Pratique, & autres, disent, que quoique les Notaires soient appellés *Servi publici* dans la Loy 2. ff. *Rem pupilli salvam fore*, ce n'est pas à dire qu'ils ayent été originairement des Esclaves, mais qu'ils ont toujours été au service du Public. *Non quod reverà servi sint, sed populariter rogentur, & cuique serviant.* Et ils ajoutent que ces Charges sont même compatibles avec la Noblesse, & qu'elles la transmettent à leur postérité.

Mais quoiqu'il en soit aujourd'hui, les Notaires sont parmi nous des personnes libres, & des Officiers publics, dont les fonctions consistent à rediger par écrit & dans la forme prescrite par les Loix & les Ordonnances, les Actes & conventions des Parties, & d'en assurer la foi par leur témoignage. Leur Profession est très-honnête, ils sont admis à Toulouse à la charge de Capitoul.

De toutes les Professions qui servent à maintenir la société civile, il n'y en a guère de plus délicate, & qui demande plus de probité que celle de Notaire, puisqu'ils ont choisis par les hommes pour être

les dépositaires de leurs fortunes, & du secret de leurs familles; aussi les Actes qu'ils retiennent sont regardés comme si authentiques, que les Parties s'en rapportent aux conventions qu'ils contiennent, en les considérant comme des Loix qu'elles se sont imposées elles-mêmes dans une pleine liberté, & que les Juges même autorisent, dans le cas qu'ils sont attaqués, & en ordonnent presque toujours l'exécution pendant procès.

De tout cela il résulte que les Notaires sont des Officiers établis pour donner aux Actes qui sont passés devant eux, le caractère de la forme publique & de l'autorité de la Justice, ce qui fait que ces Actes portent la preuve de leur vérité, & donnent une hypothèque sur les biens de ceux qui s'obligent, ce que ne font pas les Actes qui sont passés sous signature privée.

Mais comme il y a plusieurs sortes de Notaires qui font les mêmes fonctions, & qui cependant ont des pouvoirs bornés; car les uns peuvent contracter dans tout le Royaume, d'autres ne le peuvent que dans leur district, il importe d'examiner ici si les Actes passés par les uns & par les autres, donnent également hypothèque, & une action parée pour être mis à exécution.

Et pour cela il faut remarquer, qu'il y

a présentement en France trois sortes de Notaires ; sçavoir, 1°. Les Notaires Royaux. 2°. Les Notaires subalternes ou Seigneuriaux. 3°. Les Notaires Apostoliques.

Les Notaires Royaux sont ceux qui sont créés par le Roi dans les Justices Royales , pour y recevoir les Actes faits entre toute sorte de personnes , de quelque lieu qu'elles soient domiciliées , pourveu que ces Actes soient passés dans le ressort de la Jurisdiction où ils sont immatriculés , parce qu'un Notaire, hors de sa Jurisdiction , n'est regardé que comme une personne privée. Aussi les Cours souveraines ont défendu aux Notaires de retenir des Actes ailleurs que dans leur district. Les Arrêts du Parlement de Paris sont rapportés par *Louet & Brodeau, let. R, nombre 10. & par Chenu sur Papon, en ses Arrêts, Liv. 4. Tit. 3. Arrêt 2. Ceux du Parlement de Toulouse sont rapportés par Laroche sur Graverol, Liv. 2. in verbo Notaires, Arrêt 1.* qui contiennent de pareilles défenses.

Le Président Boyer dans sa *Quest. 242.* porte les choses encore plus loin : il dit que les Actes que les Notaires retiennent hors de leur district sont nuls , & qu'ils sont responsables envers les Parties de tous les dommages & intérêts qu'elles pourroient souffrir a raison de la nullité desd. Actes.

Cependant c'est un usage reçu en France, que les Contrats retenus par des Notaires Royaux, quoique hors de leur ressort, ou de la Jurisdiction où ils ont été établis, ne sont point nuls, mais on oblige seulement ces Notaires de rendre les émolumens qu'ils ont reçus, aux Notaires des lieux, & de leur remettre les minutes ou originaux des Actes, pour en délivrer des expéditions aux Parties, comme il a été jugé par les Arrêts rapportés par *M. de Carellan, Liv. 3. Chap. 33.* En sorte que ces Actes ne laissent pas de donner hypothèque sur les biens des obligés.

Mais il en est autrement à l'égard des Actes passés dans la Ville de Toulouse, où par un privilege particulier, porté par la Coutume de cette Ville, il n'y a que les Notaires qui y sont immatriculés, qui puissent y retenir des Actes, à l'exclusion des Notaires étrangers. Il a été rendu en différens tems plusieurs Arrêts par ce Parlement, & en dernier lieu, l'Arrêt du 29. Août 1735. qu'on trouve dans le Recueil imprimé en 1756. qui ont fait défenses à tous Notaires, autres que ceux de cette Ville, de contracter, ni retenir aucuns Actes dans la Ville, Faux-bourg, ni Gardiage d'icelle, à peine de Faux, & autre arbitraire.

Outre la peine de Faux, ces Arrêts ont

encore condamné les Notaires contrevenans, de remettre aux Syndics des Notaires de ladite Ville, les Cédés originales des Contrats par eux retenus dans ladite Ville, Faux-bourg & Gardiage, avec les émolumens par eux perçus sur la liquidation qui en seroit faite, auquel effet lesd. Notaires seroient tenus d'exhiber leurs Registres & liasses par-devant le Commissaire à ce député par lad. Cour; d'où il faut conclure, que les Actes qui seroient passés dans cette Ville, Faux-bourg, & Gardiage d'icelle par des Notaires étrangers, seroient déclarés nuls par la voye de Faux; & par conséquent, ne porteroient point hypothèque sur les Biens des Contractans.

Quand nous disons que les Notaires Royaux ne peuvent retenir des Actes que dans leur district, nous exceptons néanmoins de cette règle les Notaires du Chatelet de Paris, lesquels par un privilège particulier, peyent contracter & retenir des Actes dans tout le Royaume, pourveu qu'ils fassent leur résidence ordinaire dans la Ville de Paris.

Les Notaires des Villes d'Orléans & de Montpellier ont aussi le meme privilège, de retenir les Actes dans toute la France, excepté dans la Ville de Paris, où ils ne peuvent recevoir aucuns Actes, ni pas meme par droit de suite, parce que s'ils

avoient ce droit , ils pourroient l'exercer dans Paris , au préjudice des Notaires du Chatelêt , qui ont un privilège supérieur à tous les autres.

Mais les Notaires du Chatelêt peuvent retenir des Actes dans Orléans & dans la Ville de Montpellier , de même que dans toutes les autres Villes du Royaume , pourveu néanmoins , comme nous l'avons déjà observé , qu'ils fassent leur résidence ordinaire pour les fonctions de leurs Offices dans la Ville de Paris , le tout comme il est porté par les Privilèges accordés par nos Rois.

Les Notaires d'Orléans & de Montpellier , pour user de leur privilège , ne peuvent pas non plus faire leur résidence ordinaire que dans les lieux de leur Ressort. Sur quoi on peut voir *Chenu sur Papon, en ses Arrêts, Liv. 4. Tit. 3. Arrêt 1. Brodeau sur Louet, Lettre M. Somm. 10. Ferriere, dans son Dictionnaire de la Pratique, sous le mot Notaires Royaux, & Me. d'Héricourt, Chap. II. nomb. 32. p. 239.*

Tous les Actes retenus par les Notaires Royaux , en la manière que nous venons de le dire , sont valables , & portent hypothèque sur les biens des obligés , en quelque lieu du Royaume qu'ils soient situés , & peuvent par conséquent être mis

à exécution par tout, en les faisant sceller du Sceau Royal de la Jurisdiction dans laquelle les Notaires qui les ont reçus sont immatriculés; parce qu'au moyen de ce Sceau Royal qui s'étend dans tout le Royaume, les Actes sont exécutoires partout, sans mandement ni permission du Juge du Lieu où l'exécution en doit être faite, suivant la disposition de l'*Art. 65. de l'Ordonnance de 1539.*

Il n'en est pas de même des Sceaux des Justices Royales apposés aux Contrats; ceux-ci n'ont pas un pouvoir si étendu; de sorte que lorsqu'ils sont apposés à des Contrats passés dans l'étendue de ces Justices, ils ne sont exécutoires que dans le ressort de la Jurisdiction; & hors du ressort, ils ne sont exécutoires que par la permission & le Paréatis du Juge du lieu où l'on veut faire l'exécution, ce qui est pareillement observé à l'égard des Sentences scellées de ces Sceaux, suivant *Ferriere, dans son Dictionnaire de la Pratique, in Verbo Sceaux de Justice.*

Les Notaires des Seigneurs sont ceux qui sont créés dans les Justices Seigneuriales pour retenir tous Actes & Contrats dans l'étendue de la Jurisdiction où ils sont immatriculés, entre les personnes qui y sont domiciliées, & pour raison des biens situés dans le ressort desd. Justices.

Sur quoi il faut observer, 1°. Que les Contrats passés par les Notaires des Seigneurs, quoique munis du Sceau de la Jurisdiction, ne sont exécutoires que dans le ressort de la Seigneurie & non ailleurs, parce que le Sceau du Seigneur ne peut pas s'étendre dans les Terres des autres Seigneurs.

2°. Que pour que les Contrats passés par les Notaires des Seigneurs soient authentiques, & portent hypothèque, il faut qu'ils soient passés entre des personnes qui soient justiciables, & qui aient leurs domiciles dans l'étendue de la Justice des Seigneurs; sans quoi les Actes ne seroient regardés que comme des Actes sous signature privée, suivant *Brodeau sur Louet, Lettre N. Som. 10. & Henrys, Tom. 1. Liv. 4. C. 6. Quest. 34.*

Cependant Ferriere dans son Dictionnaire de la Pratique, sous le mot *Notaires des Seigneurs*, atteste avoir été jugé par plusieurs Arrêts du Parlement de Paris, & entr'autres, celui du 14. Juillet 1672. qu'on trouve rapporté dans le *Journal du Palais, Tome 1. page 262.* par rapport à l'hypothèque, qu'une obligation passée pardevant un Notaire subalterne dans son Ressort, au profit d'un particulier qui y étoit domicilié, portoit hypothèque sur les Biens du débiteur, qui étoit

domicilié dans une autre Jurisdiction ; le motif de ces Arrêts fondé, sur ce que l'hypotèque est du droit des gens, & qu'elle dépend de la convention des Parties ; que l'hypotèque dépend de l'autorité du Notaire & l'exécution du Sceau ; & qu'ainsi le Notaire qui contracte dans son ressort, étant considéré comme un Juge dans son Tribunal, & les Contrats qu'il passe étant valables, doivent par conséquent donner hypotèque, même hors son district, & entre personnes qui n'y sont point domiciliées.

Toutes ces raisons sont sans doute tirées des bons principes, & firent le fondement de l'Arrêt rapporté dans le Journal du Palais. Mais depuis cet Arrêt sont survenues plusieurs Ordonnances, & notamment l'Edit du mois de Novembre 1682. & la Déclaration du Roi du mois de Janvier 1684. rendue en interprétation de cet Edit, qui défendent expressément aux Notaires des Seigneurs de passer aucuns Actes hors les limites des Justices où ils sont établis, à peine de faux, & amende arbitraire envers le Roi, & des dommages & intérêts des Parties, quelques clauses qu'ils puissent avoir fait glisser dans les Lettres de provision.

La Déclaration du Roi du 17. Septembre 1697. fait pareillement défenses aux

Notaires des Seigneurs, de passer à l'avenir aucuns Contrats & Actes entre des particuliers demeurans hors de leur Jurisdiction, ni pour raison d'immeubles ou choses situées hors desdites Jurisdiction, à peine de nullité des Actes qu'ils recevront, & à tous Juges d'admettre aucune hypothèque ou privilège, en vertu des Actes & Contrats passés par lesdits Notaires sur des immeubles situés hors de leurs Jurisdiction.

Enfin, par un Edit du mois d'Octobre 1705, qu'on trouve dans le Recueil d'Arrêts imprimé en 1756. il est défendu aux Notaires & Tabellions des Seigneurs hauts Justiciers, de passer à l'avenir aucuns Actes entre d'autres personnes que les Justiciables de la Justice dans laquelle ils sont établis, & pour des biens situés dans le Ressort d'icelle, à peine de nullité des Actes, & de 300 liv. d'amende contre lesd. Notaires, pour chacune contravention, & de pareille amende contre chacune des Parties contractantes, &c.

Nonobstant toutes ces Ordonnances, *Me. Rousseau de Lacombe*, dans son Recueil de Jurisprudence, sous le mot *Notaires*, N°. 11. rapporte trois Arrêts du Parlement de Paris; l'un du 3. Février 1711. & l'autre du 18. Juin 1738. & l'autre du 1. Août 1739. qui ont jugé le con-

traire ; c'est-à-dire , qui ont jugé que les Actes passés par des Notaires des Seigneurs , emportent hypothèque , quoique les contractans, ni les biens ne fussent pas dans le district du Notaire.

Mais ce même Auteur , au même nombre 11. en rapporte trois autres , l'un du 1. Septembre 1708 , l'autre du 10. Janvier 1721. & l'autre du 4. Juillet 1736. lesquels, conformément aux Ordonnances citées , ont fait défenses aux Notaires des Seigneurs de passer des Actes entre autres personnes , que entre domiciliés dans leur district , & en conséquence ont débouté les Parties de leurs demandes en déclaration d'hypothèque prétendue en vertu desdits Actes.

Sur cette diversité de Jurisprudence , il paroît plus sûr de s'en tenir à la regle établie par la Déclaration du Roi du 17. Septembre 1697. & par l'Édit du mois d'Octobre 1705. dont nous avons parlé , surtout dans les Tribunaux où ces Loix ont été enregistrées , comme au Parlement de Paris & au Parlement de Toulouse ; & en conséquence , de regarder les Actes passés par les Notaires des Seigneurs entre personnes non domiciliées dans leur Justice , & pour raison desdits biens situés hors leur Jurisdiction , comme de simples Actes privés , & incapables par conséquent de donner hypothèque.

Cette Jurisprudence , à la vérité paroît un peu outrée , en ce qu'elle veut , que pour que les Actes retenus par des Notaires des Seigneurs emportent hypothèque , ils soient pailés , non-seulement entre personnes domiciliées dans leur Justice , mais encore pour des Biens situés dans leur Jurisdiction. Car comme nous l'avons déjà observé , l'hypothèque prenant sa force de la convention des parties qui obligent leurs biens pour l'exécution des Actes , il semble qu'il n'y ait point d'inconvénient de donner à ces Actes , lorsqu'ils sont retenus par les Notaires , dans leur district , la même authenticité qu'on donne aux Actes retenus par des Notaires Royaux , dumoins quant à l'hypothèque , même pour les Biens situés hors leur Jurisdiction , sur-tout lorsque les Parties contractantes sont domiciliées dans le district desdits Notaires. Mais il faut céder à l'autorité des Loix citées , & il seroit très-dangereux d'y contrevenir , sur-tout dans les Tribunaux où elles ont été enregistrées.

Du reste , il faut observer , que tous les Seigneurs Haut-Justiciers n'ont pas droit de Sceau , & de créer des Notaires dans leurs Juridictions. *Dumoulin, sur la Coutume de Paris, art. 1. glos. 5. nomb. 55.* prétend que ce droit est du nombre des droits Royaux , réservés par nos Rois ,

dans les concessions de Justice; & que par cette raison, aucun Seigneur n'a ce droit, à moins qu'il ne l'ait par une concession particulière du Roi.

Cependant suivant l'usage autorisé par les Ordonnances, & notamment par celle du mois de Novembre 1542. les Seigneurs, Comtes, Barons & Châtellains, ont été maintenus au droit de Tabellionage; c'est-à-dire, au droit de créer des Notaires & Tabellions dans leurs Comtés, Baronnies & Châtellenies, pour y passer toutes sortes d'Actes, & leur donner le Sceau dans l'étendue de leur Jurisdiction seulement, en y appelant deux Témoins, en la maniere accoutumée. *Voyez Loyseau, en son Traité des Offices, Liv. 2. Chap. 5. & Bacquet, Traité des Droits de Justice, Chap. 25.*

Il n'en est pas de même des Seigneurs hauts, moyens, & bas Justiciers. Ceux-cy n'ont jamais eu ce droit, & ne peuvent pas l'exercer, s'ils n'ont obtenu une concession particulière du Roi, ou s'ils ne l'ont prescrit par une possession immémoriale, quoiqu'ils ayent droit de Justice & de Jurisdiction contentieuse, parce que le droit de Jurisdiction contentieuse n'a rien de commun avec la Jurisdiction volontaire, qui est exercée par les Notaires. Sur quoi on peut voir *Bacquet, dans*

son Traité des Droits de Justice, au Chap. déjà cité, & Loiseau, Traité des Seigneuries, Chap. 8. nomb. 85.

De-là que nous disons que les Seigneurs haut-Justiciers dont nous avons parlé ont droit de créer des Notaires, il semble par une conséquence nécessaire, qu'ils puissent empêcher que les Notaires Royaux ne viennent s'établir dans leurs Jurisdictions, & y passer des Actes, au préjudice des Notaires par eux créés.

Cependant il a été jugé qu'ils ne le pouvoient pas, par la raison que le Sceau Royal étant au-dessus de celui des Seigneurs, il est permis aux Notaires Royaux de venir contracter dans l'étendue des Justices Seigneuriales où il y a des Notaires établis par les Seigneurs. On ne suit pas en cela l'Ordonnance de Philippe le Bel, de l'année 1312. ni la Jurisprudence attestée par Papon, en ses Arrêts, Liv. 4. Tit. 14. aux additions, Arr. 4. & par Bacquet, des Droits de Justice, Chap. 25. nomb. 8. suivant laquelle les Notaires Royaux ne peuvent instrumenter dans les Justices Seigneuriales sans la permission desdits Seigneurs, par la raison, comme nous l'avons déjà observé, que le Sceau Royal est supérieur à tous les autres, & étend son pouvoir par-tout.

Les Notaires de Paris ont un pouvoir

encore plus étendu ; car ils peuvent non-seulement instrumenter dans les Justices des Seigneurs , mais encore dans tout le Royaume , lorsqu'ils en sont requis par une des Parties intéressées , & meme procéder à des Inventaires , & passer tous autres Actes de leur profession , sans que les Notaires & Officiers des Lieux qui auroient été prévenus , puissent les troubler dans leurs fonctions , sous prétexte qu'une autre Partie les auroit appellés , ce qui a été ainsi jugé par un Arrêt du Parlement de Paris , du 19. Mai 1736. rapporté par *Me. Rousseau de Lacombe* , dans son *Récueil de Jurisprudence* , in verbo *Notaires* nomb. 19.

Mais ce même Auteur , sous le mot *Juges* en rapporte un contraire du 20 Janvier 1738. qui a jugé que les Notaires du Chatelet de Paris n'étoient pas en droit de procéder à un inventaire des effets d'une succession , au préjudice des Officiers du Bailliage , quoique les Notaires eussent été appellés par un des héritiers. Et tout de suite ce même Auteur rapporte un autre Arrêt du 15. Janvier 1739. qui a jugé cette question en faveur des Notaires du Chatelet contre les Officiers de St. Germain-des-prez.

Le motif de ce dernier Arrêt est pris , comme l'Auteur le fait entendre , de ce que

les Notaires du Châtelet avoient été requis par toutes les Parties pour procéder à l'inventaire , au lieu que dans l'espèce du précédent Arrêt ils n'avoient été appelés que par un des héritiers ; de sorte que sur ce motif , il faut conclure que ces Notaires ne peuvent user de leur privilège , que lorsqu'ils ont été requis par toutes les Parties intéressées.

Les Notaires Royaux , disons - nous , peuvent instrumenter dans l'étendue des Justices Seigneuriales , sans la permission des Seigneurs ; mais les Seigneurs ont trouvé pendant long-tems le moyen pour faire valoir leurs Tabellionages , d'empêcher que les Notaires Royaux ne vinssent passer des Actes dans leurs Justices , ce qui causoit des peines & des embarras aux Parties , qui étoient obligées d'aller chercher souvent fort loin des Notaires Royaux pour tous les Actes que les Notaires des Seigneurs ne pouvoient pas passer.

Sur quoi , le Roi instruit du procédé des Seigneurs , & voulant remédier à l'abus qu'ils pratiquoient pour favoriser leurs Tabellionages , au préjudice du Public , a par un Édit du mois de Mars 1706. créé en titre d'Office des Notaires Royaux , pour être établis dans chacune des Villes , Bourgs & lieux du Royaume , pour faire ces fonctions , & passer toute sorte d'Ac-

res, comme font les autres Notaires Royaux, même concurremment avec les Notaires des Seigneurs, & permis aux Seigneurs ayant droit de Notariat ou Tabellionage, de réunir lefdits Offices de Notaires à leurs Notaires & Tabellions, en payant par eux la finance desdits Offices, suivant les Rolles qui en seroient arrêtés au Conseil.

Cet Edit permet encore aux Seigneurs de faire exercer ces Offices par leurs Notaires & Tabellions, à la charge par lefdits Notaires de faire sceller leurs Actes, comme font les Notaires Royaux, sans que pour cela ils soient tenus de prendre des provisions du Roi, enforte que depuis cet Edit, tous les Notaires des Seigneurs qui ont été pourvus de ces Offices, sont regardés comme Notaires Royaux; à l'effet de passer toute sorte d'Actes dans la Jurisdiction où ils sont immatriculés, lesquels Actes emportent par conséquent hypothèque sur les Biens des obligés, en quelque lieu qu'ils aient leurs domiciles, & que leurs Biens soient situés.

Les Notaires Apostoliques sont ceux qui ont été créés pour retenir les Actes concernant la matiere Bénéficiale seulement. Ces sortes de Notaires étoient autrefois nommés par les Evêques & Archevêques, pour retenir les Actes dans l'é-

tenduë du Diocèse de ceux qui les avoient nommés. Et comme ces Actes n'emportoient point hypothèque sur les biens des Contractans, & ne pouvoient pas même être exécutés sous le Sceau de la Jurisdiction Ecclésiastique, c'étoient des Actes imparfaits.

Ce qui fit que par un Édit du mois de Décembre 1691. le Roi créa des Offices de Notaires Royaux dans tous les Diocèses de son Royaume, pour être tenus & exercés par les Notaires Apostoliques, qui seroient établis dans les Villes & Lieux qui seroient nécessaires pour la commodité de ses sujets. De sorte que depuis cet Édit, ces Notaires ne sont plus nommés par les Évêques, mais par le Roi, qui donne les provisions de ces Offices.

Suivant cet Édit, ces Notaires Royaux & Apostoliques peuvent seuls, & à l'exclusion de tous autres Notaires & Tabelions, & à ceux des Seigneurs, retenir certains Actes qui concernent les Résignations des Bénéfices, & autres Actes nécessaires en matière Bénéficiale, qui sont détaillés dans *l'art. 1. jusques à l'art. 7.* de cet Édit; & par l'art. 8. ces Notaires ont la faculté de faire concurremment avec les autres Notaires Royaux, les Titres Sacerdotaux, les fondations des Bénéfices, des Monastères, d'Obits, Prestimonies,

les donations faites au profit des Communautés Séculières ou Régulières, & autres Actes de cette espèce. Et comme les dispositions de cet Édit seroient ici d'un détail inutile, nous y renvoyons le Lecteur.

Nous observerons seulement, que par l'art. 13. de cet Edit, les Notaires Apostoliques ne peuvent exercer leurs fonctions, que dans le Diocèse où ils ont été reçus, à peine de faux, & de nullité des Actes qui seroient par eux passés hors de leur Diocèse. De sorte que suivant l'article 10. de cet Édit, les Notaires Apostoliques ne pouvant exercer aucune fonction sans être revêtus d'un des Offices créés par ce même Édit, il s'ensuit que tous les Notaires qui sont pourvus de ces Offices, sont en droit de prendre la qualité de Notaires Royaux & Apostoliques, & de passer en cette qualité, tous les Actes dont l'attribution leur est faite par cet Édit.

De tout ce que nous venons de dire, il résulte, I. Que pour que les Actes & Contrats donnent hypothèque sur les Biens des Contractans, & une action parée pour les mettre à exécution, il faut que ces Actes soient revêtus de toute l'autorité dont nous venons de parler; c'est-à-dire, qu'ils soient retenus par des Notaires pourvus en titre, soit par le Roi ou par les Seigneurs, en observant néanmoins, que les Actes qui
ont

ont été passés par les Notaires Royaux , sont toujours authentiques , & donnent hypothèque sur tous les Biens des obligés , en quelque lieu qu'ils soient situés , & que ceux qui sont passés par les Notaires des Seigneurs qui ne sont point pourvus des Offices créés par l'Édit de 1706. ne donnent aucune Hypothèque sur les Biens situés hors la Jurisdiction des Seigneurs.

2°. Que les Actes passés par les Notaires Apostoliques ne donnent aucune hypothèque , si les Notaires n'ont été pourvus par le Roi des Offices créés par l'Édit du mois de Décembre 1691. parceque l'Église n'a point de Jurisdiction pour les droits réels , & que pour que les Actes puissent affecter les droits réels , il faut qu'ils soient revêtus de l'autorité Séculière.

Ensorte que lorsqu'on veut passer un Acte , il faut prendre garde de s'adresser à des Notaires qui ayent les qualités requises pour les rétenir , puisque outre que les Actes retenus par des Notaires incapables , ne donnent aucune hypothèque , les Ordonnances citées prononcent contre ces Actes la peine de Faux.

Il faut encore prendre garde de ne pas s'adresser à un Notaire suspendu ou interdit des fonctions de sa Charge , parce que la suspension & l'interdiction du Notaire , rendent nuls les Actes qu'ils passent , tandis-

qu'ils font dans cet état. Il est vrai que dans cette matière on distingue si la suspension ou interdiction est publiquement connue, comme si le Notaire avoit été interdit par Arrêt, les Actes dans ce cas, sont absolument nuls; mais si l'interdiction n'avoit été ordonnée que par Sentence sujette à l'appel, & dont le public n'eût aucune connoissance, & que d'ailleurs le Notaire fit publiquement ses fonctions, dans ce cas la bonne foi des Parties contractantes, rendroit les Actes bons, ce qui est conforme à l'esprit de *la Loi 1. au Code de Testam. & au §. 7. Instit. de Testam. ordinand.* qui décident qu'un Testament signé par des témoins incapables, n'est pas nul, pourveu que lors du Testament ces témoins fussent reconnus publiquement pour capables.

Il en faut dire de même des Actes qui auroient été retenus par des personnes, qui sans être pourvues d'un Office, auroient exercé publiquement la profession de Notaire, ces Actes ne seroient point nuls, pourveu que ces personnes fussent regardées en public comme des Notaires ayant retenu plusieurs Actes en différens tems, & entre différentes personnes, & qu'ils les aient signés en qualité de Notaires, parce qu'alors *Error communis facit jus.* La bonne foi des Parties qui ont contrac-

té sous la foi publique valideroit dans ce cas les Actes, suivant la disposition de la Loi 3. ff. de Officio Prætor. Voyez Henrÿs, Tome 1. Liv. 2. Ch. 4. Quæst. 28.

On a demandé si un Notaire, qui par ignorance feroit quelque Acte nul, doit être condamné aux dommages & intérêts des Parties ? Sur cette question on distingue : si les nullités qui sont dans les Actes, proviennent de l'ignorance de droit, ou de l'interprétation de quelque Coutume, le Notaire n'est point condamné à aucun dommage, parce que les Notaires sont excusables dans ce cas ; mais si les nullités proviennent de l'ignorance des Ordonnances & des Réglemens, comme si le Notaire avoit omis de faire signer les Parties contractantes & les Témoins, ou de les interpellier de signer, ou qu'il eût passé quelque Contrat pour un interdit, dont l'interdiction lui fût connue pour lui avoir été signifiée, dans tous ces cas, & autres semblables, le Notaire seroit sans doute condamné aux dommages & intérêts envers les Parties, parce qu'un Notaire doit être instruit des Réglemens, & de tout ce qui regarde l'exercice de sa Profession.

On fait la même distinction à l'égard des Procureurs, Huissiers & Sergens, de sorte que lorsqu'ils font quelque procédure contraire aux Réglemens & aux Ordon-

nances, qui bleffé le droit des Parties, ils peuvent être condamnés aux dommages & intérêts. Sur quoi on peut voir le Commentateur de *M. Louet*, *Lettre N. nom. 9.* & l'Arrêt du 17. Janvier 1662. rapporté dans le *Journal des Audiences*, *Liv. 4. Chap. 31.*

Quoique les Notaires doivent être condamnés aux dommages & intérêts des Parties dans les cas dont nous venons de parler ; néanmoins, si le Notaire qui a fait la faute, n'est pas poursuivi de son vivant, cette peine ne passe point contre les héritiers, parce qu'il est de maxime que : *Actiones pœnales in hæredem non dantur* ; & par conséquent ils ne peuvent pas être condamnés pour raison de cette faute, comme il a été jugé par les Arrêts rapportés par *Papon*, *Liv. 4. chap. 7.*

Il reste à observer, par rapport à la qualité des Notaires, que les Actes passés par des Notaires étrangers ; c'est-à-dire, par des Notaires établis dans des souverainetés étrangères n'emportent aucune hypothèque sur les Biens situés en France ; car quoique suivant le droit des Romains l'hypothèque dépende entièrement de la convention des Parties, néanmoins il ne suffit pas pour acquérir une hypothèque, qu'une convention ou une obligation soit constatée par sa date & par un Acte rete-

nu par un Officier public. Il faut encore que celui dont l'Officier tient le pouvoir de retenir des Actes, puisse donner un droit réel sur les fonds des Parties contractantes.

Or comme les Actes retenus par les Notaires des Seigneurs particuliers ne donnent point hypothèque sur les Biens situés hors les Jurisdiccions où ils ont été reçus, s'ils n'ont été pourvus par le Roi, de même les Actes passés par un Notaire étranger qui tient son pouvoir du Souverain, qui ne peut donner aucun droit réel sur les Biens situés en France, ne donnent non plus aucune hypothèque sur ces Biens. Sur quoi on peut voir *les Arrêts rapportés par Brodeau sur M. Louet, Lettre H. Som. 15.*

Néanmoins le Roi, pour ne pas laisser inutiles en France les Contrats passés par les François dans un Pays étranger, donna une Déclaration à Versailles, le 6. Décembre 1707. qui porte que tous Actes & Contrats passés par des Notaires demeurans hors l'étendue du Royaume, ou dans les Pays où les Controlles des Actes de Notaire, & Insinuations Laiques ne sont point établis, ne pourront avoir aucune exécution, ni fonder aucune action en justice, s'ils n'ont été contrôlés & insinués. D'où il faut conclurre, que pourveu que ces Actes soient contrôlés & insinués dans un des Bureaux établis en France, ils doi-

vent avoir leur exécution, & donner hypothèque sur les Biens des contractans situés dans le Royaume, à compter du jour du Contrôle & Insinuation desd. Actes.

Il n'en est pas de même des Jugemens rendus dans des Pays étrangers, lesquels ne peuvent pas être exécutés sur les Biens des François, situés en France, parce qu'on ne reconnoît des Jugemens exécutoires, que ceux qui sont prononcés par des Juges dont la Jurisdiction émane du Souverain, qui seul a ce droit sur le temporel de son Royaume.

Ainsi on ne peut pas exécuter en France les Jugemens étrangers, quand même les Parties obtiendroient la permission du Juge des lieux où l'exécution en doit être faite, il faut dans ce cas se pourvoir par nouvelle action contre ceux qui sont condamnés par de tels jugemens, & en poursuivre de nouveaux en France. Sur quoi on peut voir *Ferriere, dans son Dictionnaire de la Pratique, sous le mot Jugemens rendus en Pays étrangers.*

Cependant il semble, que comme le Roi est le maître de donner aux actes le caractère d'authenticité qui leur convient pour la forme, & suppléer à ce qui leur manque, il puisse permettre dans son Royaume l'exécution des jugemens rendus par des Juges étrangers, au moyen d'un *Pa-*

règles de la grande Chancellerie, que les Parties pourroient prendre, ou dumoins au moyen de Lettres Patentes obtenues à cet effet; comme il a été jugé par l'Arrêt rapporté par *Despeiffes*, Tome 2. Liv. 3. sect. 3. nomb. 13. & l'Arrêt du Parlement de Toulouse du 17. Juillet 1730. dont nous parlerons dans la suite de ce Traité, sur l'hypothèque qui s'acquiert en vertu des Sentences & Jugemens.

Enfin, nous avons dit, qu'un Contrat passé par un Notaire hors de son ressort, est nul, & n'est regardé que comme un Acte privé, parce que le Notaire dans ce cas est une personne privée, de même qu'un Juge qui procède hors de son territoire. Sur quoi il faut remarquer, que pour qu'un Contrat de cette espèce soit regardé comme une promesse privée, à l'effet de donner au Créancier une action parée pour assigner son débiteur en paiement du montant de sa promesse, il faut que cet Acte soit signé de l'obligé, afin qu'il puisse être assigné en réconnoissance de son seing, & en condamnation, sans quoi cet Acte ne pouvant produire aucune action, seroit absolument nul.

A l'égard des formalités dont les Actes publics doivent être revêtus pour donner Hypothèque, il faut, 1°. qu'ils soient retenus par un Notaire assisté de deux té-

moins, ou de deux Notaires sans témoins. Sur quoi il est bon d'observer, que l'usage du Parlement de Paris est de passer les Actes devant deux Notaires qui les signent tous deux. Mais au Parlement de Toulouse, l'usage est de les passer devant un seul Notaire & deux témoins, dont l'un d'eux doit au moins sçavoir signer avec le Notaire, conformément à la disposition de l'*Ordonnance de Blois, de l'année 1507, art. 24. & de celle de François I. du 11. Décembre 1543.* 2°. Que les Notaires doivent mettre dans les Actes la qualité & la demeure des Parties, la maison où ils sont passés, & si c'est avant ou après midi.

3°. Que l'Acte d'obligation soit signé, non-seulement par le Notaire & les Témoins, mais encore par les Parties contractantes, si elles sçavent signer; & s'il y en a qui ne sçachent pas signer, ou qui refusent de le faire, les Notaires doivent faire mention de leur réquisition, & des causes de leur refus de signer, comme il est porté par l'*Ordonnance de Blois de 1560 & par celle de 1571.*

4°. Les Notaires doivent faire la lecture aux Parties en présence des Témoins des Actes qu'ils ont passé avant que de signer, afin qu'elles entendent si leurs engagements sont conformes à leurs intentions, & que les Témoins soient instruits de la teneur

desdits Actes, pour en rendre un fidel témoignage, si le cas le requiert. Telle est la disposition de l'*Ordonnance de François I. de l'année 1535. art. 4.*

Du reste, le seing du Notaire est si nécessaire pour la perfection des Actes qu'ils ont passé, qu'un Acte qui ne seroit signé que par les Parties contractantes & par les Témoins, seroit regardé comme imparfait pour lier les Parties, & par conséquent qu'elles pourroient s'en départir, comme il a été jugé par un Arrêt qu'on trouve rapporté par *M. le Prêtre, Cent. 2. Chap. 46.*

Néanmoins il semble que cet Arrêt ne doit pas être regardé comme un préjugé décisif dans pareil cas; car quoiqu'il soit vrai de dire qu'un Acte public n'est parfait que par la signature du Notaire, qui lui donne le caractère de publicité, cependant, comme les obligations reçoivent leur force du seing des Parties, plutôt que du seing du Notaire, il est naturel de donner à leurs seings tout l'effet qu'elles ont voulu donner à leurs engagements. Ainsi, dans le cas que le Notaire n'a point signé l'Acte, l'obligation ne pouvant pas être regardée comme publique, à l'effet de donner hypothèque, elle doit dumoins valoir, comme faite sous seing privé, & avoir son exécution, après avoir fait procéder

34 *Traité des Hypothèques.*
en Justice à l'aveu du feing des Parties ,
en la forme pratiquée pour les autres écritures privées.

Il seroit en effet trop dur pour une partie qui auroit contracté avec une autre , par un Acte qu'elle regardoit de bonne foi , comme public & irrévocable , de se voir tout d'un coup exposée par l'oubli ou la négligence du Notaire , à voir sa partie se départir de son obligation , nonobstant sa signature , tandis qu'un simple billet ou promesse privée , produit entre les Parties qui l'ont signée , une obligation indispensable , & dont l'exécution ne peut pas être contestée. Sur quoi on peut voir *Ferriere , dans la Science des Notaires , chap. 3.*

§². Les Notaires doivent observer dans les Actes les solemnités requises par la coutume des Lieux où les Actes sont passés , à peine de nullité. Ainsi dans les lieux où la coutume veut qu'on appelle plus de deux Témoins dans un Acte , ils doivent y appeler le nombre requis par la coutume , & y observer les autres formalités prescrites. Sur quoi il faut observer , que suivant la Coutume de Toulouse , les Notaires peuvent retenir dans cette Ville & Gardiage d'icelle , toute sorte d'Actes , en y appellant deux Témoins seulement.

Il y a encore d'autres formalités à obser-

ver dans les Contrats , qu'il seroit ici trop long de détailler , & dont on peut s'instruire dans la Science parfaite des Notaires , au Chap. 3. déjà cité , où nous renvoyons le Lecteur.

Nous observerons seulement , qu'après qu'un Contrat a été rédigé par le Notaire , en la maniere que nous l'avons dit , il faut qu'il en fasse contrôler la minute dans le tems porté par les Édits & Déclarations du Roi , qui ont établi le Contrôle , à peine de 200. livres d'amende pour chaque contravention contre le Notaire , & de pareille amende contre la partie qui s'en servira , avec défenses à tous Juges d'y avoir aucun égard , & à tous Huissiers & Sergens de les mettre à exécution sous memes peines , comme il est porté par l'article 4. de l'Edit du mois de Mars 1693.

Il n'y a d'exception que pour les Actes & Contrats retenus par les Notaires & Tabellions de Paris & de Lyon , lesquels ne sont point sujets au Contrôle , & néanmoins donnent hypothèque sur les Biens immeubles des obligés , quoique situés dans les lieux où le Contrôle est établi , suivant la Déclaration du Roi , du 19. Mars 1696. & celle du 7. Septembre 1723.

Du reste , les Bureaux où les Contrats doivent être contrôlés , sont fixés par cette Déclaration aux Bureaux établis dans

les lieux de la résidence des Notaires qui les auront reçus, & s'il n'y en a point d'établis, dans les Bureaux les plus prochains; & ce dans la quinzaine après leur datte, à peine de 200. liv. d'amende envers les fermiers du Contrôle, par les Notaires qui les feront contrôler en d'autres Bureaux, & par les Parties qui s'en serviront, &c.

Cette Déclaration porte encore, que conformément à l'Édit du mois de Mars 1693. les Contrats & Actes qui seront passés dans les lieux où le Contrôle n'est pas établi, ou dans ceux qui en ont été abonnés ou déchargés, ne feront aucune foi en Justice, ni n'établiront aucune action, privilège, ni hypothèque dans aucun lieu du Royaume où le Contrôle est établi, qu'ils ne soient contrôlés, & les droits payés dans les Bureaux les plus prochains de celui où ils auront été passés.

Lorsque les Actes ont été passés par deux Notaires, & qu'ils les ont signés tous deux, il faut qu'il soit fait mention à la fin desdits Actes, & de l'expédition d'iceux, du nom de celui au Régistre duquel ils ont été enregistrés, afin que les Parties en puissent être instruites, & y avoir recours quand elles en auront besoin, *comme il est porté par l'art. 65. de l'Ordonnance de 1510 & par celle du mois d'Octobre 1535 & par celle du mois d'Août 1539. art. 162.*

Par l'art. 177. de l'Ordonnance de 1539 il est défendu aux Notaires de communiquer les Contrats par eux passés, à d'autres qu'aux Contractans & à leurs héritiers & successeurs, à moins qu'il ne soit ordonné par Justice; auquel cas, ils sont tenus de les exhiber, pour en tirer des extraits compulsés par ceux qui peuvent y avoir intérêt.

Les Notaires étant établis pour assurer la foi publique des Actes qu'ils reçoivent, il ne leur est pas permis de se défaire des minutes desdits Actes, ni de les remettre aux Parties contractantes. C'est pourquoi il leur est enjoint par les Ordonnances de 1510 & 1539. de faire de bons & suffisans Régistres des Contrats, & autres Actes par eux passés, dans lesquels Régistres seront mises & insérées tout au long les minutes des Contrats, à peine de privation de leurs Charges.

On excepte néanmoins de cette loi les simples quittances, & les procurations, dont le nom du Procureur fondé est en blanc, lesquels Actes peuvent être délivrés en original aux Parties; ce qui doit s'entendre à l'égard des procurations de celles qui sont faites *ad Lites*, ou *ad negotia*, & non des procurations pour résigner des Bénéfices, desquelles les Notaires doivent retenir minute pour en délivrer des ex-

38 *Traité des Hypothèques.*
traits, comme il est porté par l'art. 4. de l'Ordonnance de 1550. & par l'Arret du Parlement de Toulouse, du 28. Février 1730 qu'on trouve dans le Recueil imprimé à Toulouse en 1749.

Mais à l'égard de tous les actes obligatoires, les Notaires sont obligés de garder les minutes devers eux, pour en délivrer des expéditions aux Parties lorsqu'ils en feront réquis. De sorte qu'étant dépositaires publics, ils ne peuvent pas être contraints pour quelque cause que ce soit, de se défaire de ces minutes, si ce n'est à l'occasion d'une inscription de Faux, formée contre un Acte; parce que dans ce cas, le Juge devant lequel le procès est pendant, ordonne presque toujours que la minute de l'Acte sera remise par le Notaire au Greffe de la Jurisdiction, comme il est porté par l'art. 9. du Tit. 9. de l'Ordonnance de 1670. afin que le demandeur, ou son conseil, puisse en prendre communication par les mains du Greffier, sans déplacer, & fournir dans trois jours les moyens de faux au greffe, art. 10. & 11. de la même Ordonna. ce.

On doutoit autrefois, si c'étoit au demandeur ou au défendeur de remettre au Greffe la minute ou original de l'Acte imputé de faux. Sur quoi on distinguoit si l'extrait remis par le défendeur étoit au

tien , c'étoit au demandeur à faire la remise de l'original ; & si l'extrait n'étoit pas ancien , le defendeur étoit chargé de remettre la minute ; & s'il ne la remettoit pas , le Juge ordonnoit que l'extrait seroit rejetté du procès. Mais l'Ordonnance citée leve ce doute , & décide sans distinction , que c'est toujours au defendeur à l'inscription de faux , à remettre la minute au Greffe.

L'Ordonnance du mois de Juillet 1737 concernant le faux incident , porte pareillement à l'art. 16. qu'en cas qu'il y ait minute de la pièce inscrite de faux , il sera ordonné , s'il y écheoit , sur la requête du demandeur , ou même d'office , que le defendeur sera tenu dans le tems qui lui sera prescrit , de faire apporter lad. minute au Greffe , & que les dépositaires d'icelle y seront contraints par les voyes , & dans les délais marqués par les art. 5. & 6. du Titre du Faux principal. Sçavoir , les dépositaires publics par corps , ou s'ils sont Ecclésiastiques , par saisie de leur temporel ; & ceux qui ne sont pas dépositaires publics , par toutes voyes dûes & raisonnables ; sauf à être ordonné , s'il y écheoit , qu'ils y seront contraints par les mêmes voyes que les dépositaires publics.

Ensorte que suivant ce que nous venons de dire , les Notaires , comme dépositaires

res publics , peuvent être contraints par corps à la remise des minutes des Actes qu'ils ont dans leurs Études, soit qu'ils les aient retenus eux-mêmes ou non, & ce, dans les délais prescrits par l'*art. 6.* de l'Ordonnance citée , suivant la distance des Lieux pour les inscriptions de faux seulement. Mais hors de ce cas , les Notaires ne peuvent pas être forcés de remettre les minutes ou originaux des Actes qu'ils ont en leur pouvoir.

Suivant Ferriere , dans son Dictionnaire de Pratique , *in verbo Notaires* , & conformément aux Lettres Patentes du Roi , du 20. Août 1673. les Notaires du Chatelet de Paris ne peuvent être traduits hors du Chatelet & du Parlement. Ainsi, lorsqu'une inscription de faux est formée contre un Acte dont la minute a été retenue par un Notaire du Chatelet , si cette inscription est formée dans un autre Parlement , les Juges de ce Parlement peuvent faire instruire & faire juger cette inscription de faux au Chatelet.

Mais si ces Juges retiennent l'instruction de cette inscription de faux en leur Parlement , l'usage est d'ordonner que la minute de l'Acte sera portée par le Notaire dépositaire au Greffe du Chatelet , pour après avoir été paraphée par M. le Lieutenant Civil , en la maniere accoutumée , en

être fait proces-verbal , & être ensuite portée par un des voituriers publics au Parlement où l'inscription de faux est pendante ; & moyennant cette remise , le Notaire en est valablement déchargé , sans que dans aucun cas il soit tenu de la porter lui-même , & d'abandonner l'exercice de sa charge pour cela.

Il faut observer que les Notaires ne peuvent pas être contraints de représenter d'autres Actes , que ceux dont la date certaine leur est indiquée , pour ne pas leur faire perdre un tems considérable à chercher des Actes dont on ne sçait point la date , comme il a été jugé par un Arrêt du 5. Juin 1736. rapporté par *Me. Rousseau de Lacombe* , dans son *Récueil de Jurisprudence* , in verbo *Notaires* , nombre 20.

Lorsque les Notaires sont décédés , les minutes des Actes qui sont dans leurs Études , appartiennent au successeur à l'Office , & à la pratique du défunt. Mais lorsque ces Offices ne sont point remplis par un successeur , la veuve & les héritiers du défunt ne peuvent pas garder devers eux les minutes : ils doivent les remettre au plutôt à un Notaire du lieu où le Notaire décédé faisoit sa résidence , ou du lieu le plus voisin , & ce dans le délai de quinzaine au plus tard , pour être conservées , & les expéditions faites valablement par les No-

taires, en qualité de collationnaires, afin qu'on puisse y avoir égard en jugement & dehors, & ce à peine de 1000. liv. & autre arbitraire, & d'y être contraints après led. délai, par toutes voyes duës & raisonnables; le tout conformément aux Réglemens rendus dans cette matiere dans tout le Royaume.

Ces Réglemens permettent néanmoins aux propriétaires desdits Offices, en faisant cette remise, de convenir desd. droits & émolumens, avec les Notaires devers lesquels lesd. minutes seront remises, ainsi qu'ils verront être à faire, sans pourtant que cela puisse retarder lad. remise; sur quoi on peut voir les Arrêts de Règlement qui ont été rendus au Parlement de Toulouse, le 12. Octobre 1709. 30. Octobre 1726. 20. Décembre 1727. & 9. Novembre 1731. qu'on trouve dans le Recueil d'Arrets, imprimé à Toulouse en 1749.

La remise des minutes des Actes étant ainsi faite, celui à qui elles ont été remises, en doit donner des expéditions aux Parties; car celles qui seroient données par les héritiers du défunt, qui ne seroient pas de la qualité requise par les Réglemens, ne feroient pas foi en Justice. Ainsi après qu'un Notaire est decédé, ou qu'il s'est démis de son Office, les extraits des Actes

dont il a retenu les minutes, ne font aucune foi en Justice, s'ils ne sont tirés par les Notaires, qui sont les détempteurs des minutes ou originaux desdits Actes, ou s'ils ne sont tirés avec permission du Juge, & les Parties dument appellées, suivant *Ferriere, sur la quest. 2. de Guyppape*, en y observant toutefois les formalités prescrites par *la tit. 12. de l'Ordonnance de 1667.* pour les compulsoires & collations des pièces.

Les Actes dont nous venons de parler, étant authentiques, font une preuve entière en Justice, de sorte que les Juges en ordonnent presque toujours l'exécution provisoire, & il ne leur est pas même permis de recevoir aucune preuve contre, & outre le contenu aux Actes, ni sur ce qui seroit allégué avoir été dit avant, ou après, encore qu'il s'agit d'une somme de 100. l. comme il est porté par *l'art. 2. du Titre 20. de l'Ordonnance de 1667.*

Mais lorsque par quelque cas fortuit, comme d'incendie, ou d'inondation les Actes ont été perdus ou égarés, la preuve de la perte ou de l'égarément peut être reçue par témoins. Mais dans ce cas, pour ne pas éluder l'esprit & la disposition de l'Ordonnance, il faut que les témoins parlent précisément, non-seulement du contenu en l'Acte égaré, mais encore du cas

fortuit ou de l'accident qui a donné lieu à l'égarément. Sur quoi on peut voir les *Observations de Boiceau sur Danti, de la Preuve par Témoins. Chap. 15.*

Il en est de même, lorsque l'Acte n'est pas parfait. Comme l'écriture est un commencement de preuve, ce qui manque à l'Acte peut être suppléé par la preuve testimoniale, qui peut être reçue dans ce cas, suivant l'Ordonnance de 1667. art. 3. du Titre déjà cité, & *Danti en l'endroit cité, Partie 2. Chap. 1. nombre 4. & suivans.*

Nous observerons avant de finir ce Chapitre, qu'il y a plusieurs personnes qui peuvent stipuler dans les Actes pour des Parties absentes. Telles sont, 1°. les esclaves pour leurs Maîtres, & le Maître pour leurs esclaves. 2°. Les Enfans de famille pour leurs peres, & les peres pour leurs enfans. 3°. Les Tuteurs pour leurs pupilles. 4°. Les Administrateurs pour ceux dont ils régissent les Biens. Toutes ces personnes peuvent stipuler & acquérir pour les autres; de maniere que l'obligation est aussi valable, que si les Parties pour lesquelles ils ont stipulé, eussent été présentes au Contrat.

Il y a néanmoins deux cas où toute sorte de personnes peuvent stipuler & acquérir pour autrui, comme 1°. Lorsque les Par-

ties intéressées ne pouvant pas être présentes à l'Acte, constituent un Procureur pour le faire. Ce Procureur fondé peut tenir la place de l'absent, & stipuler pour lui. 2°. Lorsque celui pour qui un particulier a stipulé, même sans procuration, accepte ensuite & rectifie le Contrat, cette ratification faite par la partie elle-même, rend valable la stipulation qui étoit nulle dans son principe, comme ayant été faite sans aucun pouvoir ni commission.

Mais à l'égard des Notaires, il faut distinguer les Actes de Donation, des autres Actes. Il est défendu aux Notaires, par *l'art. 5. de l'Ordonnance de 1731* concernant les Donations, de stipuler pour les Donataires absens, à peine de nullité des stipulations. Ce même article veut que les Donations soient acceptées par les Donataires eux-même, ou par leur procureur fondé de procuration générale ou spéciale. Ainsi les Notaires, à l'égard des Donations, n'ont pas plus d'avantage pour stipuler, que les autres particuliers.

Et à l'égard des autres Actes & obligations, les Notaires peuvent stipuler pour les absens; de sorte que celui qui a promis, & s'est obligé envers l'absent, ne peut pas revoquer son obligation, si cet absent en demande l'exécution. Ainsi quand on dit que les Notaires étant des person-

nes libres, ne peuvent pas stipuler pour autrui, il faut entendre du cas où l'absent refuseroit d'accepter la stipulation, & non du cas auquel il en demanderoit l'exécution; car s'il refusoit de l'accepter, il n'est pas douteux que la stipulation ne fût inutile, & que l'obligé ne fût dégagé de son obligation, comme il seroit lié & obligé de l'exécuter dans le cas contraire, les Notaires n'étant pas exclus de faire ce que tout autre particulier a le pouvoir de faire pour les absens.

Après avoir expliqué quelles sont les qualités dont les Notaires doivent être revêtus pour rendre authentiques les Actes qu'ils retiennent, & quelles sont les formalités qui doivent être observées dans ces Actes, pour donner hypothèque sur les Biens des Parties obligées, il importe d'observer, 1°. De quelle maniere on peut acquérir une hypothèque, en vertu des Actes passés par devant Notaires. 2°. Quelles sont les personnes qui peuvent hypothéquer leurs Biens, & celles qui ne le peuvent pas. 3°. Quels sont les Biens qui peuvent être hypothéqués, & ceux qui ne peuvent pas l'être. 4°. Quels sont les effets de l'hypothèque. 5°. De quelle maniere l'hypothèque finit ou s'éteint; ce qui va faire la matiere des Chapîtres suivans.

CHAPITRE II.

DE quelle maniere on peut acquerir une Hypotèque, & de quel jour elle commence à courir sur les Biens des personnes obligées.

L'HYPOTÈQUE, suivant la définition la plus exacte, est une charge qu'on impose sur les Biens d'un débiteur, pour la sûreté du paiement de la dette du Créancier. Chez les Romains on ne faisoit aucune différence entre le gage & l'hypotèque, & on comprenoit sous ces deux noms, tout ce qu'un débiteur obligeoit à son Créancier pour la sûreté de ce qu'il lui devoit, comme le dit Justinien dans ses *Institutes*, liv. 4. Tit. 6. § 7. *Inter Pignus & Hypotecam,) quantum ad actionem hypotecariam,) attinet, nihil interest.*

Il en est autrement parmi nous : Nous appellons gage, tout meuble ou chose mobilière, remise entre les mains du Créancier, pour la sûreté de sa dette & hypotèque ; les immeubles que le Débiteur affecte à son Créancier, quoiqu'il n'en soit

41 *Traité des Hypotèques.*
point mis en possession. *Propriè pignus dicimus, quod ad creditorem transit; Hypotecam, cum non transit, nec possessio ad Creditorem. Leg. 9. § 2. ff. de Pignorat. actio.*

Par les Loix Romaines l'hypotèque s'acqueroit par la seule convention faite entre parties, soit verbalement ou par écrit. Dans l'un & l'autre cas, l'hypotèque étant un accessoire de la convention, demeurait établie sur les Biens de l'obligé, & on n'exigeoit l'écriture, que pour assurer la preuve de la convention, au cas elle fût contestée. Cette hypothèque étoit appelée conventionnelle ou expresse, comme on peut voir dans la *Loi 4. ff. de Pignor. & Hypotec. Et dans la Loi 4. ff. de fide instrument.*

Mais l'Empereur Leon voulant rendre ces hypothèques plus publiques, & en assurer d'autant plus l'exécution, ordonna que les conventions des Parties fussent faites en présence au moins de trois personnes, qui en attesteroient la vérité, indépendamment de l'écriture. *Nisi sortè probatæ atque integræ opinionis, trium, vel amplius virorum suscriptiones, eisdem idiochiris contineantur. Leg. 11. Cod. qui portio. in pignor. habeant.*

Il n'en est pas de même parmi nous :
Les seules conventions, même par écrit,
&

& souscrites par plusieurs témoins, ne donnent aucune hypothèque sur les Biens des personnes obligées, quand même elle seroit nommément exprimée dans l'Acte, si l'Acte n'est passé devant Notaire, parce que c'est la qualité du Notaire, comme personne publique, qui donne à l'Acte le caractère d'autenticité, à l'effet de lui faire porter hypothèque.

Ainsi quand même les Parties stipuleroient expressément une hypothèque dans un Acte sous signature privée, cette convention & stipulation ne lui donneroit aucun effet, parce que si les Actes privés pouvoient donner hypothèque, il dépendroit des Débiteurs, pour frauder leurs Créanciers, de donner aux uns une hypothèque plus avancée qu'aux autres, selon leur fantaisie, ou que leur intérêt s'y trouveroit, par des accords & de conventions faites entr'eux, & auxquelles ils donneroient une date telle qu'ils jugeroient à propos; & par-là de préférer les derniers Créanciers aux premiers.

Ce n'est pas cependant comme nous l'avons observé dans notre Traité des Saisies, qu'on ne puisse acquérir une hypothèque par un Acte sous seing privé; mais il faut pour cela que cet Acte soit reconnu devant Notaire ou en Justice par le Débiteur lui-même, ou par son Procureur fon-

dé de procuration spéciale , parce qu'alors cet Acte étant devenu public , il produit le même effet que les Actes passés devant Notaires , avec cette différence néanmoins , que ces derniers donnent hypothèque du jour de leur datte , & que les autres n'en donnent que du jour seulement qu'ils sont devenus publics , en la maniere que nous venons de le dire.

Il faut cependant excepter les Actes privés , dont la réconnoissance seroit faite devant un Juge d'Eglise , parce que les Juges Ecclésiastiques n'ayant aucun droit sur les droits réels , ni sur les héritages & possessions profanes , leurs Jugemens ne peuvent donner aucune hypothèque , qui est une charge réelle. *Voyez M. Louet , litt. H. Chap. 15.*

Les Actes sous seing privé peuvent encore devenir publics & authentiques , soit que celui qui a signé une promesse , fasse l'aveu de son seing , ou qu'il refuse de le faire , comme lorsqu'un débiteur étant assigné en aveu de son seing apposé au bas d'un billet ou autre écriture privée , ne se présente pas : Dans ce cas , si on prétend que le billet soit écrit ou signé de la main du débiteur , le Juge ordonne qu'il sera tenu pour reconnu , & qu'il aura force d'hypothèque du jour de son jugement ,

Mais si le billet ou promesse est signée

de la main d'un autre que du débiteur, le Juge ordonne dans ce cas, faute par le débiteur d'en vouloir faire l'aveu, que la reconnaissance & vérification en sera faite par comparaison d'écritures; & dans ce cas, l'Acte sous feing privé ne donne d'hypothèque sur les Biens du débiteur, que du jour du jugement qui est rendu sur cette vérification, conformément à *la disposition de l'Art. 7. du Tit. 12. de l'Ordonnance de 1667. & de la Déclaration du Roi du mois de Décembre 1684.*

On a cru pendant long-tems que celui qui faisoit protester une Lettre de change faite de paiement, acqueroit par le protêt une hypothèque sur les Biens de celui sur qui la Lettre étoit tirée. On se fondeoit sur la disposition *des art. 11. & 12. du Titre 5. de l'Ordonnance du Commerce de 1673.* dont le premier porte : Qu'après le protêt, celui qui aéra accepté la Lettre de change, pourra être poursuivi à la requête de celui qui en sera le porteur. Et le second veut que les porteurs des Lettres de change puissent aussi par la permission du Juge saisir les effets de ceux qui auront tiré ou endossé lesd. Lettres, encore qu'elles ayent été acceptées; même les effets de ceux sur lesquels elles auront été tirées, en cas qu'ils les ayent acceptées.

D'où on concluoit, qu'un Créancier

§ 2 *Traité des Hypothèques.*

pouvoit faire saisir hypothécairement les Biens des Tireurs & Endosseurs des Lettres de change, en vertu de l'Hypothèque qu'ils prétendoient avoir acquis par le protêt. Mais on est revenu de cette erreur, depuis la Déclaration du Roi du 2. Janvier 1717. qui veut qu'aucuns porteurs de Billets ou Lettres de change, ne puissent à l'avenir, & dans aucun cas, prétendre avoir acquis par le protêt signifié ou dénoncé, tant par des Huissiers & Sergens, que par des Notaires, une hypothèque sur les Biens des Tireurs & Endosseurs, ni des particuliers sur qui lesdits Billets ou Lettres de change auront été tirés, sans à eux après l'échéance desdits Billets & Lettres de Change, ou autres Billets ou promesses passés pour fait de Commerce & Marchandises, d'user des voyes que les Ordonnances ont prescrites pour acquérir une hypothèque sur les Biens des débiteurs & Endosseurs, &c.

Cette Déclaration veut encore que toutes personnes qui auront obtenu ou obtiendront des Sentences, Jugemens, ou Arrêts sur un exploit d'assignation donnée avant l'échéance des Billets ou Lettres de change, & de toute autre sorte de Billets & promesses des Marchands, Négocians, Banquiers, & autres particuliers, faisant Trafic & Commerce de denrées ou Mar-

ehandises, ne puissent prétendre avoir acquis, ni acquérir en vertu desdites Sentences, Jugemens ou Arrêts, aucune hypothèque sur les Biens & effets, tant des débiteurs que des Endosseurs.

Cette Déclaration ajoute, qu'aucune hypothèque n'a pû ni ne pourra être à l'avenir valablement acquise par aucun Acte de réconnoissance, fait pardevant Notaire, ou autrement, en quelque forme que ce soit, desdits Billets, Lettres, & Promesses, avant l'expiration du terme auquel le payement en doit être fait, voulant que ceux qui auront obtenu lesdites Sentences, Jugemens ou Arrêts, ou Actes de réconnoissance, ne puissent être employés que comme Créanciers Chirographaires dans les ordres ou instances de préférence & de distribution des deniers, sans à eux après l'échéance, d'user des voyes prescrites par les Ordonnances, pour acquérir une hypothèque sur les Biens & effets desd. Débiteurs & endosseurs, &c.

Il résulte donc de cette Déclaration, 1°. Que les Billets & Lettres de change, qui sont des Actes sous seing privé, n'ont pas plus de privilège que les autres Actes privés, pour porter hypothèque, quoique le protêt en ait été fait, soit par des Huissiers ou par des Notaires, parce que le protêt n'étant qu'un acte judiciaire pour

parvenir à la condamnation du montant desdits Billets & Lettres de change, il ne change par la nature desdits Billets & Lettres de change ; & par conséquent il ne peut donner aucune hypothèque sur les Biens des débiteurs & Endosseurs, qu'après que ces Actes sont devenus publics par l'aveu & réconnoissance qui en peut être fait en Justice, en la forme prescrite par les Ordonnances.

2°. Que les Sentences, Jugemens, ou Arrêts qui pourroient être obtenus sur des assignations données avant l'échéance du terme du payement desdits Billets & Lettres de change, & autres Actes sous seing privé, non plus que les aveux ou réconnoissances qui pourroient être faits desdits Actes devant Notaire, aussi avant le terme échu, ne puissent acquérir aucune hypothèque au profit de ceux qui les auront obtenus, sauf à eux à faire rendre authentiques lesdits Actes en la forme prescrite par les Ordonnances, après le terme échu.

Nous disons que les écritures sous seing privé, pour devenir publiques, & donner hypothèque, doivent être reconnues en Justice ou devant Notaire. Sur quoi on demande, si la réconnoissance qui seroit faite devant un Secrétaire à la Chancellerie, qui est regardé comme une personne publique, jouissant même du privilège des

Magistrats Présidiaux, seroit aussi authentique, que celle qui seroit faite devant un Notaire, à l'effet de donner hypothèque?

Sur cette question il a été jugé, que les fonctions des Secretaires à la Chancellerie ne consistant qu'à sceller & signer des Lettres & Arrêts, & non à recevoir des Contrats, comme les Notaires, la reconnoissance d'un Acte sous seing, faite devant eux, n'emporte point d'hypothèque, *sui- vant Boërius, Décision 22.*

Il faut de plus observer, à l'égard des Actes sous seing privé, qu'il faut qu'ils soient contrôlés, avant que d'en pouvoir faire aucune demande en Justice. Il n'y a d'exception que pour les Lettres de change, Billets à ordre & au porteur, des Marchands, Négotians, & gens d'affaires, *sui- vant l'Édit du mois d'Octobre 1705. & par l'Arrêt du Conseil du 29. Juillet 1732.* Et ces Actes doivent être contrôlés dans les Bureaux des Jurisdictions où l'on voudra introduire les instances, ou dans ceux de l'arrondissement des Notaires qui en recevront les dépôts, lesquels ne peuvent être faits que dans l'étendue de la Généralité où se trouve situé le domicile de la partie qui le requiert, le tout à peine de nullité du Contrôle, & de 200. liv. d'amende pour chaque contrevention, comme il est porté par l'Arrêt du Conseil du 12. Septem-

bre 1747. qu'on trouve dans le Recueil d'Arrêts, imprimé à Toulouse en 1749.

Et à l'égard des Actes & Contrats passés devant Notaire, nous avons dit qu'il faut qu'ils soient contrôlés & enregistrés aux Bureaux les plus prochains des lieux où ils sont passés, sans quoi, aux termes de l'art. 5. de l'Edit du mois de Mars 1693. ces Actes ne peuvent acquérir aucune hypothèque ni propriété. Cet Edit n'excepte que les contre-lettres qui sont passées sur les Actes, & la Déclaration du Roi du 19. Mars 1696. à l'art. 1. excepte les Actes passés dans la Ville de Paris, lesquels peuvent être exécutés dans tout le Royaume, sans qu'ils soient contrôlés.

Mais il faut remarquer, que quoique les Actes publics non contrôlés ne donnent aucune hypothèque sur les Biens des obligés, il ne s'en suit pas de-là que l'hypothèque ne soit acquise au Créancier que du jour que l'Acte a été contrôlé, puisque ce n'est pas le Contrôle qui donne l'hypothèque, mais bien l'Acte public, après qu'il a été contrôlé. De sorte qu'un Acte qui ne seroit contrôlé que long-tems après qu'il auroit été retenu, donneroit hypothèque au Créancier, à compter du jour de sa date, parce que le Contrôle en quelque tems qu'il soit fait, donne à l'hypothèque un effet retroactif, qu'il fait remonter au jour de l'Acte.

Il n'en est pas de même des Actes sous feing privé, lesquels ne peuvent pas produire une hypothèque, quoiqu'ils soient contrôllés, parce que ces Actes ne devenant publics que par l'aveu ou réconnoissance qui en est faite devant un Notaire, ou en Justice, le Contrôle ne fait tout au plus que leur donner une date fixe & certaine qu'ils n'avoient pas auparavant, pour pouvoir être produits en Justice. Ainsi ce n'est ni du jour de leur date, ni du jour du Contrôle qu'ils donnent hypothèque, mais seulement du jour de l'aveu ou reconnoissance qui en est faite, devant un Notaire ou devant le Juge, ou du jugement rendu en conséquence de la vérification qui en a été faite, en cas de dénégation du feing apposé au bas desdits Actes, le tout conformément à l'Ordonnance de 1667. & à la Déclaration du Roi de 1684. déjà citées.

Les Actes sous feing privé, disons-nous, ne donnent hypothèque que du jour de la réconnoissance qui en a été faite. Mais on demande si cette réconnoissance n'est point faite du vivant du débiteur, mais seulement après sa mort par ses héritiers, donnera cette hypothèque sur les Biens du débiteur; en sorte que ces héritiers puissent être poursuivis hypothécairement pour la dette; ou si au contraire le Créancier ne

pourra agir que par l'action personnelle contre chacun des héritiers , pour leur part & portion , eu égard à la portion qu'ils ont à la succession du défunt ?

M. Leprêtre , Cent. 2. Chap. 68. qui traite cette question à fonds , la résoud en faveur des héritiers ; c'est-à-dire , que comme l'Acte n'a été reconnu qu'après la mort du débiteur , cette reconnoissance ne pouvant donner d'hypotéque que du jour qu'elle a été faite , il s'ensuit que les Biens du défunt n'ont jamais été hypotéqués pour la dette , & par conséquent qu'ils ont passé libres sur la tête des héritiers.

Ainsi ces héritiers ayant reconnu l'Acte après la mort du débiteur , sont par-là obligés personnellement envers le Créancier au paiement de la dette ; de manière que l'hypotéque dans ce cas ne pouvant pas être solidaire contre les héritiers , ils ne peuvent être tenus chacun que pour sa portion. *Voyez Henrys , tome 2. Liv. 4. Q. 57. page 472.*

Sur quoi il faut encore observer , que lorsqu'il se trouve plusieurs Créanciers cédulaires , qui ont fait reconnoître leurs cédules ou promesses privées après le décès de leur débiteur , cette reconnoissance lorsqu'elle est faite pendant l'instance de distribution des biens du débiteur , ne leur donne aucune hypotéque ni privilège aux

uns ni aux autres : ils sont tous dans ce cas payés par contribution au sol la livre, suivant les Arrêts rapportés par *M. Maynard*, liv. 2. Chap. 42.

Nous avons dit que les Contrats retenus par les Notaires de Paris, donnent hypothèque, quoiqu'ils ne soient pas contrôlés. Sur quoi il faut remarquer, que ces Contrats donnent hypothèque, non-seulement sur les immeubles du débiteur, situés dans Paris, mais encore sur tous ceux qui sont dans le Pays où le Contrôle est établi ; ainsi un Contrat passé à Paris donne hypothèque sur tous les Biens du débiteur qui sont situés à Toulouse, ou ailleurs où le Contrôle a lieu. Mais un Contrat passé à Toulouse, ne donne point d'hypothèque sur les Biens du débiteur, situés dans Paris, s'ils ne sont contrôlés.

La raison de cette Jurisprudence, est que pour les formalités des Contrats, on suit la coutume du lieu où ils sont passés ; de sorte que les Contrats passés dans les lieux où le Contrôle est requis, ne sont pas authentiques à l'effet de porter hypothèque sur les Biens situés dans les lieux qui sont exempts du Contrôle, qu'ils ne soient revêtus de cette formalité ; mais les Actes passés dans les lieux qui sont exempts de cette formalité, sont authentiques, & emportent hypothèque dans les lieux même

où cette formalité est requise. *Sur quoi on peut voir Ferriere dans son Dictionnaire de la Pratique, in Verbo : Controle des Actes de Notaire.*

Au surp'us, l'hypotèque se contracte, non-seulement par les Actes authentiques dont nous venons de parler, mais encore par des jugemens & des condamnations prononcées contre les débiteurs, soit contradictoirement ou par défaut.

Autrefois une Sentence ne donnoit d'hypotèque que du jour de l'exécution & mise de possession du Créancier, mais depuis l'Ordonnance de Moulins, une Sentence emporte hypotèque sur les Biens du condamné, du jour qu'elle a été rendue, au préjudice des Créanciers intermediaires, si elle est confirmée par Arrêt, ou s'il n'y a point d'appel; mais si sur l'appel la Sentence vient à être réformée, & la condamnation modérée par l'Arrêt, l'hypotèque n'est alors acquise que du jour de cet Arrêt. *Voyez Ferriere, sur la question 6. de Guy-Pape.*

Ainsi les Sentences, Jugemens, & Arrêts portent hypotèque; sçavoir, ceux qui sont contradictoires, du jour qu'ils ont été prononcés, & qui sont rendus par défaut, du jour qu'ils ont été signifiés aux Procureurs de la cause, s'il y en a, sinon à la personne ou domicile des condamnés, soit que

Traité des Hypothèques. 61

tes Jugemens ou Arrêts soient donnés à l'Audience ou sur procès par écrit, comme il est porté par l'art. 53. de l'Ordonnance de Moulins, & par l'art. II. du titre 35. de l'Ordonnance de 1667.

Sur quoi il faut remarquer que cette hypothèque est acquise au Créancier, quoique elle ne soit pas exprimée dans lesdites condamnations, parce que l'hypothèque est de droit, & que par-là elle est acquise de plein droit, à compter du jour des Jugemens ou Arrêts, sans aucune mention expresse.

L'Ordonnance de Moulins, en disant que les Sentences emportent hypothèque sur les Biens des condamnés, ne distingue point les Sentences rendues par les Juges des Seigneurs, de celles des Juges Royaux, ce qui a fait douter si les Sentences rendues par ces Juges donnent hypothèque sur les Biens des débiteurs, comme celles des Juges Royaux, sur les Biens des débiteurs qui sont situés hors du ressort de leurs Jurisdictions. Mais l'opinion commune est, que leurs Sentences donnent hypothèque sur tous les Biens des débiteurs, en quelque part du Royaume qu'ils soient situés, & que les Créanciers peuvent les faire exécuter, en prenant une permission, ou *Parreatis* du Juge dans la Jurisdiction duquel la saisie doit être faite. Voyez *Me. Heri-*

court dans son Traité de la Vente des Immeubles, Chap. 11. Section 2. page 236.

Une Sentence, quoique rendue par un Juge incompetent donne pareillement hypothèque du jour de sa date, lorsque le Créancier n'a point insisté au renvoi, & qu'il a procédé volontairement devant lui, ou lorsqu'il ne s'est point présenté, & qu'il n'a point attaqué la Sentence dans le délai prescrit par les Ordonnances. *Hericourt, ibidem.*

Ainsi toutes les Sentences & Jugemens, même ceux qui sont rendus par les Juges extraordinaires, comme sont les Juges des privilégiés, ceux des Eaux & Forêts, des Amirautés, de la temporalité, des Conservateurs des Foires, & des Juges & Consuls, & autres qui peuvent connoître des matieres réelles, pour les affaires qui sont de leur compétence, donnent hypothèque du jour desdits Jugemens, lorsqu'il n'y a point d'appel, ou qu'ils sont confirmés par les Juges Supérieurs.

Il n'y a d'exception que pour les Juges d'Eglise, dont les Sentences n'emportent point d'hypothèque, même sur les Biens des Ecclésiastiques qu'ils ont condamnés, comme il a été jugé par les Arrêts rapportés par *Louet, Lettre h. N°. 15.* parceque l'hypothèque étant un droit réel, ces Juges ne peuvent pas en connoître, & que leur

compétence est bornée aux actions personnelles entre Ecclésiastiques ou contre des Ecclésiastiques. De-là vient qu'ils sont même incompétens pour connoître des actions mixtes, à cause de la réalité qui s'y rencontre; comme par exemple, en matière de reconnaissance d'écritures privées, dont ils ne peuvent pas connoître, à cause de l'action réelle mêlée avec la personnelle.

Enforte que les Jugemens ou Sentences des Juges d'Eglise, ne donnent au Créancier qu'une action personnelle contre son débiteur, & que pour avoir l'hypotèque sur ses Biens, il faut que le Créancier se pourvoye devant le Juge séculier, ce qui doit néanmoins être entendu, de manière que les Jugemens & Sentences des Juges d'Eglise peuvent bien être exécutés sur les meubles du débiteur, sans quoi ils seroient inutiles; mais que pour avoir une hypotèque; c'est-à-dire, un privilège & un ordre parmi les Créanciers sur les immeubles des Ecclésiastiques, il faut que le Créancier fasse déclarer l'hypotèque par le Juge Séculier.

Les Juges d'Eglise ne pouvant, comme nous l'avons déjà dit, connoître des matières réelles ou mixtes, si un créancier assignoit un Ecclésiastique devant le Juge Laïque, en aveu ou reconnaissance d'un

64 *Traité des Hypothèques.*

Billet ou promesse privée, cet Ecclésiastique ne pourroit insister à son renvoi devant le Juge d'Eglise; il en seroit déboutté, & seroit tenu d'avouer ou de contester la promesse devant ce Juge. *Maynard, L. 7. Ch. 68.* Mais s'il prétendoit que la promesse fût nulle, ou qu'elle fût acquittée, il pourroit dans ce cas demander son renvoi, parce qu'alors ne s'agissant que d'un fait personnel, dont le Juge d'Eglise est competent, il seroit renvoyé devant ce Juge pour juger de la vérité de son exception.

Il est si bien défendu aux Juges d'Eglise de connoître des actions réelles & hypothécaires, que s'ils accordoient une Ordonnance pour faire seulement assigner devant eux, soit un Ecclésiastique ou un Laïque, en reconnaissance d'une promesse privée, il y auroit abus dans son Ordonnance, par contravention à l'art. 92. de l'Ordonnance de 1539. à l'Edit de Cremieu, art. 16. & à l'Ordonnance de Roussillon, art. 10. qui défendent de citer des Ecclésiastiques pour des matieres réelles devant le Juge d'Eglise, & des Laïques, pour des actions personnelles, si ce n'est pour fait des Sacremens, & autres matieres purement spirituelles, pour raison desquelles il est competent entre toute sorte de personnes. Sur quoi on peut voir *Frevet, Traité de l'Abus, l. 4. Ch. 6. nom. 3.*

Nous avons dit que les Contrats passés dans les pays étrangers, ne donnent d'hypothèque sur les Biens des François situés en France, que du jour qu'ils ont été contrôlés dans le Bureau le plus prochain du lieu où ils doivent être exécutés. Il en faut dire de même des jugemens rendus par les Juges des Souverains étrangers; c'est-à-dire, qu'ils ne donnent pas non plus d'hypothèque en France, que du jour qu'ils ont été autorisés & confirmés par les Juges de la France, parce que les Juges établis dans une Souveraineté étrangère n'ayant aucune autorité sur une autre qui en est indépendante, leurs Jugemens n'ont aucune force ni exécution parée dans cette Souveraineté.

Il faut néanmoins excepter les Juges étrangers, qui ont des provisions du Roi de France, & dont les appels de leurs jugemens se relevent devant les Juges de France, comme aussi les Juges établis dans l'Amérique & dans les Colonies Françaises, & qui sont par conséquent sous la Domination du Roi de France, les jugemens rendus par ces Juges, quoiqu'établis dans ces Pays étrangers, donnent hypothèque au Créancier sur tous les Biens de son débiteur situés en France.

Il faut aussi observer, que quoique les jugemens rendus par les Juges des Royau-

mes étrangers contre des François, n'ayent aucune exécution en France, *suivant l'art. 121. de l'Ordonnance de 1629.* Cependant ils peuvent être exécutés par provision en vertu d'un *Pareatis* de la Grande Chancellerie; & en conséquence on peut faire saisir les Biens du débiteur, mais pour le fonds, ils ne peuvent pas être exécutés définitivement, qu'avec connoissance de cause. C'est-à-dire, qu'après que le débiteur a contesté sur le bien ou mal jugé par le Juge étranger, & de la même manière que si ses droits étoient en leur entier. Sur quoi on peut voir *l'Arrêt du Parlement de Paris, rapporté par Despeyffes, Tome 2. tit. 3. Section 3. nomb. 13. & l'Arrêt du Parlement de Toulouse, du 17. Juillet 1730. rendu en la Grand-Chambre, au rapport de M. de Costa, en faveur du sieur Didaux Négociant condamné par jugement Souverain de l'Auditeur de la Principauté de Monaco, qui l'ont jugé de même.*

Du reste, à l'égard des intérêts d'une somme dûe par jugement ou Sentence, l'hypothèque est acquise au Créancier, non du jour du jugement ou Sentence; mais du jour de la demande qui en a été faite en Justice. Car quoique ces Sentences, comme nous l'avons déjà dit, donnent hypothèque du jour qu'elles ont été prononcées, cela doit être entendu des sommes capita-

rales, & non des intérêts, qui sont toujours dûs du jour de l'instance.

Ainsi comme les intérêts d'une somme capitale ne sont point dûs, s'ils ne sont demandés en Justice, la Sentence qui en prononce la condamnation, emporte hypothèque du jour de cette demande; car si une Sentence prononçoit une condamnation à des intérêts qui n'eussent pas été demandés, elle seroit reformée sur l'appel qui en seroit relevé au Juge Supérieur. Il y auroit même dans ce cas *un ultra petita*, qui formeroit contre un Arrêt un moyen de Requête civile, suivant l'*art. 34.* du Tit. dernier de l'Ordonnance de 1667. On peut encore voir là-dessus les Arrêts rapportés par *Augeard, Tome 3. arrêt 15.* Par *Soesve, Centurie 3. Chap. 39.* & par *Ferrière, dans son Dictionnaire de la Pratique, in verbo Intérêts.*

Il faut néanmoins excepter de cette règle, les Pays où les intérêts sont dûs des sommes capitales, sans aucune demande en Justice. En effet, il y a des Provinces, comme à Bordeaux, où les intérêts sont dûs du jour du premier commandement fait au débiteur de payer en vertu du Contrat, quoiqu'ils n'aient pas été demandés en Justice.

Il y en a d'autres, comme en Dauphiné, où les intérêts sont dûs du jour de la

demeure du débiteur de payer, quoiqu'il n'y ait eu aucune interpellation ni demande en Justice, pourvu que dans le Contrat d'obligation le terme du paiement soit fixé à un jour certain, sous la peine des dépens, dommages & intérêts, parce qu'alors l'époque de la demeure du débiteur, est fixée à ce terme : *Dies interpellat pro homine.*

Dans d'autres, comme dans les Ressorts des Parlemens de Grenoble, d'Aix & de Pau, les intérêts sont dûs du jour de la stipulation contenuë dans le Contrat, pour raison des deniers prêtés, sans qu'il soit besoin d'en faire la demande en Justice, ni d'en obtenir une condamnation; enforte que ces intérêts courent du jour du Contrat, & sont adjugés de ce jour-là.

Dans d'autres, comme au Parlement de Toulouse, de Paris, & autres Pays de Coutume, les intérêts ne sont dûs que du jour de la demande jusques à l'effectif paiement, & n'ont par conséquent d'hypothèque que de ce jour-là, sur les Biens du débiteur.

Dans d'autres enfin, les intérêts sont dûs du jour de la demande faite en Justice, à quelque somme qu'ils puissent monter, comme dans les Pays Coutumiers; mais dans les Pays du Droit écrit, les intérêts ne peuvent excéder le capital. De sorte que lorsqu'ils ont atteint le capital d'où

ils proviennent, ils ne courent plus, à moins qu'ils ne soient dûs de leur nature, ou par le bénéfice de la Loi, comme sont les intérêts des dots, des légitimes, &c, ou que le Créancier n'ait fait des poursuites continuelles contre son débiteur, sans pouvoir en être payé, parce qu'alors la demeure du débiteur est une juste cause pour faire courir les intérêts, à quelque somme qu'ils puissent monter. *Sur quoi on peut voir Ferriere, à l'endroit cité, & Mr. de Catellan, Liv. 5. Ch. 70. & Vedel sur cet Auteur.*

Dans tous ces cas, & autres semblables, il faut suivre pour l'adjudication des intérêts, la Coutume de la Province qui en fixe le taux & le paiement, de sorte que la Sentence qui les adjuge, donne au Créancier sur les biens de son débiteur une hypothèque, du jour qu'ils ont commencé à courir, suivant les différentes Coutumes observées dans ces Provinces.

Enfin les Sentences rendues par des arbitres, ne portent hypothèque que du jour qu'elles sont autorisées par Justice, & non du jour de l'acte de remise qui en est faite entre les mains d'un Notaire, quand même les Parties y auroient acquiescé, parce que les Arbitres n'étant Juges que par le choix & la volonté des Parties, leurs Sentences ne sont regardées que comme

des Actes privés, qui par conséquent n'ont aucune exécution parée, qu'elles ne soient homologuées en Justice; auquel effet, la Partie qui demande l'exécution de la Sentence arbitrale, après l'avoir faite contrôler, conformément à *l'art. 86. du Tarif du Contrôle des Actes*, du 29. Septembre 1722. impétre des Lettres à la petite Chancellerie, & assigne l'autre Partie au Parlement, pour la voir autoriser.

Ensuite les délais de l'assignation étant échus, on poursuit un arrêt qui autorise la Sentence arbitrale, & en ordonne l'exécution d'autorité de la Cour, sauf l'appel dans le mois, au moyen de quoi, cette Sentence porte hypothèque sur les biens du condamné, du jour de cet Arrêt, & non du jour de la Sentence, & en cas d'appel, l'exécution provisoire en est toujours ordonnée, sans préjudice d'icelui, & du droit des Parties. Sur quoi on peut voir l'Arrêt du Parlement de Toulouse, du 16. Décembre 1754. qu'on trouve dans le Recueil des Arrêts imprimé en 1756.

A l'égard des dépens, il y a des Provinces où l'on fait remonter l'hypothèque au jour du Contrat, par la raison que le Contrat étant le fondement de l'action, & la cause des dépens, ces dépens prennent leur hypothèque du jour du Contrat, comme en étant un accessoire. Mais au Parlement de

Toulouse on ne donne d'hypotèque aux dépens, que du jour de la condamnation prononcée contre le débiteur, & non du jour du Contrat. *Suivant M. Maynard, liv. 3. Ch. 70.*

Il en est autrement en matiere criminelle. L'hypotèque pour les amendes & dépens a lieu depuis le crime commis, & non du jour de la condamnation, suivant l'Arrêt rapporté par *Me. Laroche, Liv. 2. Tit. 4. in verbo Hypotèques, arr. 1.* Ce qui doit s'entendre des crimes graves, comme du crime de Leze-Majesté, du Duel, & autres crimes publics, & non des crimes légers; car à l'égard de ceux-cy, suivant la Déclaration du Roi du 13. Juillet 1700. l'amende adjudgée au Roi, ou aux Seigneurs Haut-Justiciers, n'a pas de privilège, mais seulement une hypotèque sur les biens du condamné, du jour de la condamnation. De-là vient qu'on adjuge ordinairement l'amende à celui qui étoit fermier lors de la condamnation de l'accusé, non à celui qui l'étoit au jour du crime commis, parce que ce n'est que du jour de la condamnation que l'amende commence à être due.

En effet, avant la condamnation, & même après la condamnation, s'il y a appel, l'accusé ne doit aucune amende ni intérêts civils, qu'elle ne soit confirmée par

le Juge supérieur. Et dans ce dernier cas, l'hypotèque remonte au jour de cette condamnation seulement ; sur quoi on peut voir *M. Leprêtre*, *Cent. 1. Chap. 41.* & *Coquille*, dans ses *Questions*, *quest. 14.*

Sur quoi il faut remarquer, que les intérêts civils, qui sont les dommages & intérêts qui sont adjugés à la Partie civile pour réparation du crime, ou de l'injure qui lui a été faite, ont une hypotèque privilégiée à l'amende envers le Roi, parce qu'ils sont dûs du jour que le crime a été commis, au lieu que l'amende envers le Roi, n'est dûe, comme nous l'avons dit, que du jour de la condamnation, suivant les Arrêts rapportés dans le *Journal des Audiences*, *Tome 2. Liv. 3. Chap. 11.*

Les Auteurs qui ont traité cette matière, ont fait néanmoins une distinction à l'égard des intérêts civils, pour le tems de leur hypotèque, suivant la qualité des crimes, pour raison desquels ils sont adjugés. Et pour cela ils observent trois espèces de crimes. Sçavoir, 1°. Les crimes graves, qui sont, le crime de Leze-Majesté, les Duels, les meurtres, les assassinats prémédités, & autres crimes énormes, qui intéressent le public : décidant à l'égard de ceux-cy, que l'hypotèque pour les intérêts civils remonte au jour que le crime a été commis.

2°. Les Crimes ordinaires, & non qualifiés, qui sont suivant Justinien, le Vol, la Rapine, le Dommage, l'Injure, & autres Crimes, qui ne blessent que l'intérêt des Particuliers, qui peuvent seuls s'en plaindre, & les poursuivre par voye civile, ou par voye extraordinaire, à leur choix; décidant à l'égard de ceux-cy, que l'hypotèque est acquise du jour seulement que l'accusation a été intentée.

3°. Les Crimes ou délits légers, qui sont ceux qui sont arrivés par un accident imprévu & par cas fortuit, à l'égard desquels l'hypotèque pour les intérêts civils, ne commence à courir que du jour de la condamnation. Sur quoi on peut voir *Brunneau*, dans son *Traité des Criées*, p. 534. *Imbert*, dans sa *Pratique Civile & Criminelle*, Liv. 4. Ch. 6. & *M. de Catelan*, Liv. 6. Chap. 31.

A l'égard des dommages & intérêts en Matière civile, il faut distinguer ceux qui sont stipulés dans un Contrat pour peine, faute d'exécution des conventions. Comme cette stipulation n'est que comminatoire, & ne contient rien de liquide ni de certain, on ne peut donner à ces dommages & intérêts aucune hypotèque; mais lorsqu'ils sont stipulés & liquidés par le Contrat, & qu'ils sont fixés à une somme déterminée, ces dommages & intérêts ont

dans ce cas une hypothèque , non du jour du Contrat , mais du jour seulement de la demande faite en Justice , parce que c'est de ce jour-là que le débiteur est en demeure. *Usuræ enim non propter lucrum potentium , sed propter moram solventium infliguntur , dit la Loi 17. § 3. ff. de Usuris.*

Il en est autrement des dommages & intérêts stipulés dans un Contrat de vente d'un fonds , & qui sont dûs en exécution de ce Contrat , à raison de l'éviction de ce fonds ; car comme dans ce cas l'éviction donne lieu , non-seulement à la restitution du prix , mais encore aux dommages & intérêts , il est juste de donner à ces dommages & intérêts une hypothèque du jour du Contrat , comme en faisant partie , & ne pouvant en être séparés. Sur quoi on peut voir les *Arrêts rapportés par Cambolas , Liv. 1. Chap. 19. par M. de Catelan , L. 4. Ch. 22. & Vedel , sur ce dernier Auteur.*

Après avoir expliqué de quelle maniere s'acquiert l'hypothèque , & de quel jour elle commence , il convient de remarquer ici , que l'hypothèque est de plusieurs espèces. Sçavoir ; la premiere est expresse ou conventionnelle. La seconde est tacite ou legale. La troisieme est générale ou spéciale. La quatrieme est simple ou privilégiée. Et la cinquieme est l'hypothèque Judiciaire.

En premier lieu, l'hypotèque expresse ou conventionnelle, est celle qui a été stipulée expressement dans un Contrat public pour la sûreté de la dette contractée, comme par exemple, lorsque celui qui vend un fonds ou un héritage, ou qu'il constitue une rente sur lui, hypothèque expressement pour l'exécution du Contrat tous ses Biens, l'acquéreur aura en vertu de cette convention, une hypothèque expresse sur tous les Biens du vendeur, en cas d'éviction du fonds vendu, ou faute de paiement de la rente constituée. *Contrahitur hypotheca per pactum conventum. Leg. 4. ff. de pignor. & hypotec.*

En second lieu, l'hypotèque tacite est celle qui se forme par la disposition de la Loi sans aucune convention des Parties, & qui donne au Créancier une préférence sur les Biens de son débiteur, suivant la nature de la dette. Ainsi par exemple, 1°. La femme a une hypothèque tacite sur les Biens de son mari pour ses conventions matrimoniales du jour de son Contrat de mariage, & une hypothèque privilégiée à tous les Créanciers du mari, quoique antérieurs à son Contrat de mariage, même au précaire, suivant la *Novelle 97. Chap. 3.* d'où a été prise l'*Autentique quo Jure, Cod. qui potior. in pignor. habeant.* pour la répétition de la dot, comme nous l'avons ob-

servé dans notre Traité.

2°. Les Pupilles ont sur les Biens de leurs Tuteurs une hypothèque tacite pour le reliqua de leur compte, du jour de la nomination à la Tutelle & même auparavant, s'il a administré les Biens des Pupilles avant d'avoir été nommé Tuteur. Mais il en est autrement à l'égard des Tuteurs, lorsque par leur compte de Tutelle, ils se trouvent Créanciers des Pupilles; cette hypothèque tacite ne leur est accordée sur les Biens des Pupilles, que du jour seulement de la clôture de leur compte. Et à l'égard des intérêts du reliqua ou des avances, ils ne leur sont adjugés que du jour que la Tutelle a pris fin, & qu'ils ont rendu les Biens aux Pupilles, comme il a été jugé par les Arrêts rapportés par *Brodeau sur Louet, let. H. nomb. 13. par Henrys, tom. 1. Liv. 4. Quest. 35. par M. de Catelan, Liv. 8. Chap. 5. & M. de Boutaric, Liv. 1. titre 20. §. 7. contre l'avis de Vedel, sur Mr. de Catelan, en l'endroit cité.*

3°. Ce que nous disons des Pupilles, doit s'appliquer aux Prodiges, aux furieux & aux imbecilles; c'est-à-dire, qu'ils ont une hypothèque tacite sur les Biens de leurs Curateurs, du jour qu'ils ont été nommés à la Curatelle, comme il est décidé par la *Loi 19. in fine. ff. de reb. autor. jud. possident.*

4° Ce que nous disons des Tuteurs & Curateurs, doit aussi s'appliquer à la Mere, qui en qualité de Tutrice, a administré les Biens de ses Enfans. Et si pendant la Tutelle la Mere convole à des secondes Noces sans leur avoir fait nommer un Tuteur, & rendu compte de son administration, & payé ou assuré ce qu'elle peut leur devoir, les Biens de son second Mari sont tacitement hypothéqués aux Mineurs, pour tout ce qui se trouve leur être dû par le compte, tant du passé, que de l'avenir, à compter du jour du second mariage, parce qu'on juge que c'est de ce jour-là que le second mari a participé à la fraude, suivant la disposition de la Loi 10. *au Code in quib. caus. pignor. vel Hypotec. & de la Loi 2. §. 2. Cod. Quando mulier tut. offic. fung.* Voyez les Arrêts rapportés par *M. de Cambolas, Liv. 4. Ch. 46. & par M. de Catelan, Liv. 4. Chap. 24.*

5°. Le Roi a une hypothèque tacite sur les Biens des Officiers comptables, Receveurs, Fermiers, Consuls & Collecteurs, & autres qui ont le maniment, ou qui font la levée des deniers publics dans les Villes ou à la Campagne, à compter du jour de leur nomination à ces Emplois, ou de leurs Commissions, *suivant la Loi 3. au Code De Privilegio Fiscii.*

6°. Les Lots des Cohéritiers sont tacite-

tement hypothéqués pour la garantie qu'ils se doivent entr'eux, de sorte que si un cohéritier vient à être évincé des Biens qui sont échus dans son lot, il peut exercer sa garantie pour l'action hypothécaire, non-seulement contre les autres Cohéritiers, mais encore contre les tiers détempteurs des Biens qui étoient échus dans leur lot, parce que l'hypothèque d'un des héritiers étant acquise sur les lots des autres Cohéritiers du jour du partage, il s'ensuit que la vente de ces lots ne peut porter aucun préjudice à la garantie qui est due à celui des héritiers qui est évincé de son lot, comme on peut voir par les Arrêts rapportés par *Louet & Brodeau, Let. H. Somm. 2.*

7°. Les Légataires ont une hypothèque tacite sur les Biens du défunt, pour la délivrance de leur Legs, quoiqu'ils soient contenus dans un Testament olographe, & non reconnu par devant Notaire, ni en Justice du vivant du Testateur, suivant la *Loi 1. Comm. de Legat. & Fideicom.* parce que le paiement des Legs étant fixé par le décès du Testateur, il s'ensuit que le Testament étant valable, quoique de main privée, l'hypothèque des Légataires doit être fixée aussi au jour du décès du Testateur.

Il en seroit sans doute autrement s'il s'agissoit d'une obligation contractée par un acte sous seing privé, parce que ces sortes

d'Actes n'ayant , comme nous l'avons observé ailleurs , aucune exécution paree , s'ils ne sont reconnus devant Notaire ou en Justice , ils ne peuvent donner aucune hypothèque sur les Biens du débiteur , que du jour de cette reconnoissance.

On a douté pendant long-tems , si l'hypothèque tacite ou legale qu'ont les Legataires sur les Biens du défunt est solidaire contre chacun des héritiers ; mais enfin , les derniers Arrêts ont fixé la Jurisprudence à ce point , que les Légataires ont aussi-bien que les Créanciers , une action solidaire & indivisible contre chacun des héritiers , en sorte que chacun d'eux peut être convenu hypothécairement pour l'entier legs , sur la portion qu'il a recueillie de la succession , sans son recours contre les Cohéritiers. *Sur quoi on peut voir Augeard , tom. 2. page 507. & tome 3. page 492. & Me. Bouaric dans ses Institutes, Liv. 2. Tit. 20. § 2.*

7°. Les propriétaires d'un héritage acquierent une hypothèque tacite sur les Biens de l'Usufruitier , pour les réparations qu'il a faites des dégradations que cet Usufruitier a causées pendant sa jouissance aux Biens dont il avoit l'usufruit ; & cette hypothèque commence du jour de l'acceptation du legs de cet usufruit , soit qu'il lui ait été laissé par testament ou par donation. De sorte qu'après que l'usufruit a pris fin , le

propriétaire peut agir hypothécairement pour les réparations sur les Biens de l'Usufruitier, soit qu'il soit vivant ou qu'il soit decédé. Il en est de même du Fidéicommissaire, qui a une hypothèque tacite sur les Biens de l'héritier grevé, à compter du décès du Testateur, pour les dégradations par lui causées aux Biens compris dans le Fidéicommissis.

8°. L'Église a pareillement une hypothèque tacite sur les Biens des Prelats, & autres Bénéficiers pour leur mauvaise administration, & pour les dégradations par eux causées aux Biens & Maisons dépendantes de leurs Bénéfices, & ce du jour qu'ils sont entrés en possession; de manière que s'ils gerent mal, ou qu'ils ne fassent pas aux Maisons & autres Bâtimens les réparations nécessaires, ils peuvent être poursuivis personnellement, pour les obliger à les faire, & après leur décès, leurs héritiers peuvent être poursuivis hypothécairement pour lesdites réparations ou dégradations.

Il en est de même à l'égard des Hôpitaux & Communautés, qui ont une hypothèque tacite sur les Biens de leurs Syndics & Administrateurs pour leur mauvaise administration, à compter du jour de leur nomination à ces Charges, parce qu'ils sont regardés comme des Tuteurs, qui

doivent rendre compte; & par conséquent qui sont responsables de leur administration. *Sur quoi voyez Ferriere, dans son Dictionnaire de la Pratique, sous le mot Hypotèque tacite ou legale. Me. Héricourt, Chap. 11. Section 2. nomb. 20. page 228. & le Journal du Palais, Tom. 1. p. 643.*

En troisième lieu, l'hypotèque générale est celle par laquelle tous les Biens d'un débiteur sont généralement affectés & hypothéqués à son Créancier, pour l'exécution de son obligation, & quoique les Biens présents & à venir ne soient point mentionnés dans le Contrat, ils ne laissent pas d'être compris dans cette hypotèque générale.

L'hypotèque spéciale n'affecte au contraire que le fonds ou l'héritage spécialement hypothéqué au Créancier. Ainsi il y a cette différence remarquable entre l'hypotèque générale & l'hypotèque spéciale, en ce que l'hypotèque générale affecte tous les Biens du débiteur, & comprend même la spéciale; au lieu que l'hypotèque spéciale ne comprend pas la générale, parce qu'un débiteur peut affecter spécialement un fonds en particulier, sans hypothéquer tous ses Biens; comme il peut, en hypothéquant tous ses Biens, en affecter aussi spécialement une partie à son Créancier. De sorte que dans ce dernier cas, le Créancier

a la liberté d'agir généralement sur tous les Biens de son débiteur, ou en particulier sur le fonds spécialement affecté ; ainsi qu'il est décidé par la Loi 15. § 1. ff. de pignor. & hypotec. & par la Nouvelle 112. Chap. 1.

Il y a encore plusieurs distinctions à faire de l'hypotèque générale à la spéciale ; sçavoir, 1°. En ce qu'il n'est pas nécessaire, lors de l'hypotèque générale, que le débiteur soit propriétaire de tous les Biens hypotéqués, parce que cette hypotèque générale, comprend non-seulement les Biens dont le débiteur est actuellement propriétaire, mais encore ceux qu'il peut acquérir à l'avenir ; au lieu que pour l'hypotèque spéciale, il faut que le débiteur soit propriétaire lors du Contrat, des Biens spécialement affectés & hypotéqués. Sur quoi il faut néanmoins observer, que si les Biens spécialement affectés n'appartenoient pas au débiteur lors du Contrat, mais qu'il les acquit ensuite, l'hypotèque spéciale ne commenceroit dans ce cas, que du jour de l'acquisition, comme le décide la Loi 41. ff. de pignor. action.

2°. En ce qu'il n'est pas permis à un débiteur d'hypotéquer spécialement les mêmes Biens à plusieurs Créanciers en divers tems, sans tomber dans le crime de stellionat, au lieu qu'il peut contracter plusieurs hypo-

tèques générales sur tous les Biens, sans encourir la peine prononcée contre les coupables de ce crime, parce qu'alors tous les Créanciers ont le même droit sur les Biens de leur débiteur, & peuvent les faire vendre pour leur paiement, en fixant la priorité de leurs créances à la date de leurs Contrats. *Suivant la maxime : Qui prior est tempore, est potior in Jure.*

3°. En ce que l'hypotèque spéciale donne plus de droit au Créancier sur les Biens hypothéqués, que l'hypotèque générale, pourveu que l'hypotèque spéciale soit antérieure à la générale, parce que dans ce cas, les Biens spécialement affectés à un Créancier, ne pouvant plus être hypothéqués à d'autres, il s'ensuit que ce Créancier peut seul être payé sur le prix provenant de la vente de ces Biens, sans que les autres Créanciers puissent en vertu de leur hypothèque générale, y prétendre leur paiement qu'après qu'il a été entièrement payé.

Mais lorsque l'hypotèque spéciale est postérieure à la générale, l'hypotèque spéciale n'a pas plus de droit que la générale. De sorte que dans ce cas, tous les Créanciers sont tenus de se régler par la priorité de leurs hypothèques, tant sur les Biens spécialement affectés, que sur tous les autres Biens de leur débiteur, par la

raison qu'après qu'un débiteur a hypothéqué tous ses Biens, il ne peut plus en hypothéquer spécialement une partie, au préjudice du droit déjà acquis aux premiers Créanciers.

Il faut observer que l'hypothèque spéciale est de deux espèces. La première, lorsque le Créancier est mis en possession des Biens hypothéqués, comme dans l'anticrèse, qui met le Créancier en possession d'un fonds, en représentation des intérêts de la somme qu'il a prêtée. Et la seconde, lorsque les Biens hypothéqués restent au pouvoir du débiteur, qui continue toujours d'en jouir. Au premier cas, le Créancier ne peut pas être dépossédé du fonds, qu'il ne soit payé de ce qui lui est dû; mais au second, il n'a qu'une action pour le faire saisir & vendre par décret, en la forme accoutumée; ainsi qu'il est décidé par *la Loi II. § 1. ff. de pignor. & hypotec.*

Lorsque l'hypothèque générale est jointe à l'hypothèque spéciale, le Créancier qui a stipulé l'une & l'autre de ces hypothèques, est obligé de discuter les Biens qui lui sont spécialement affectés & hypothéqués, avant que de pouvoir agir sur les autres Biens que le débiteur a vendus, & qui sont possédés par les tiers-acquereurs. Et ce n'est qu'en cas d'insuffisance des Biens spécialement affectés, qu'il peut faire saisir & vendre par

décret les autres Biens qui lui sont généralement hypothéqués, en la manière que nous l'avons expliqué dans notre Traité, sous le mot *Discussion*, pourvu toute fois que les tiers-acquereurs n'aient pas prescrit l'action hypothécaire des Créanciers; car dans ce cas, ils pourroient se défendre sur cette prescription.

En quatrième lieu, l'hypothèque se divise en hypothèque simple, & en hypothèque privilégiée. L'hypothèque simple est celle qui ne fait qu'affecter les Biens du débiteur, sans donner aucune préférence au Créancier, lequel ne peut demander son paiement avec les autres Créanciers qui n'ont point de privilège, que suivant la date de son hypothèque.

Mais l'hypothèque privilégiée, est celle qui donne une préférence, sans avoir égard au tems de la dette; de sorte que le Créancier privilégié est préféré sur les Biens de son débiteur à tous les autres Créanciers, soit hypothécaires ou cédulaires, quoique antérieurs à son hypothèque.

Ainsi celui qui a vendu un immeuble, dont il n'est pas payé du prix, a une hypothèque privilégiée; & en conséquence il est préféré pour son paiement sur les deniers provenant de la vente de cet immeuble, à tous autres Créanciers de l'acheteur, quoiqu'ils soient antérieurs à l'acquisition.

Il en est de même de celui qui a prêté une somme dont les deniers ont été employés à l'acquisition d'un immeuble, ou pour réparer ou rebâtir une maison, il est préféré en vertu de cette hypothèque privilégiée, aux Créanciers qui ont une hypothèque antérieure sur cet immeuble, ou sur cette maison. C'est la disposition de la *Loi 5. ff. Qui potior. in pignor. habeant.*

En cinquième lieu, l'hypothèque judiciaire est celle qui s'acquiert par l'autorité de Justice, comme lorsque le Créancier qui n'a point d'hypothèque, obtient une condamnation contre son débiteur; car alors la Sentence ou Arrêt qui le condamne, donne au Créancier, ainsi que nous l'avons déjà observé cy-dessus, une hypothèque sur les Biens de son débiteur, à compter du jour de cette Sentence ou Arrêt.

Finalement, il y a une hypothèque subsidiaire, que les Loix & les Ordonnances accordent aux femmes sur les Biens que leurs maris sont chargés de rendre, en cas que les Biens propres du mari ne soient pas suffisans pour la répétition de leurs dots & argumens, & notamment l'Ordonnance du mois d'Août 1747. qui porte à l'Art. 44. du 1. Titre, que l'hypothèque, ou recours subsidiaire accordé aux femmes sur les Biens substitués, en cas d'insuffisance des Biens libres, aura lieu, tant pour

le fonds ou capital de la dot, que pour les fruits ou intérêts qui en seront dûs.

Cette même Ordonnance porte à l'art. suivant, que cette hypothèque aura lieu pareillement en faveur de la femme & de ses enfans, tant pour le fonds, que pour les arrérages du Douaire, soit coutumier ou préfix, à la charge néanmoins, que si le Douaire préfix excédoit le Douaire coutumier, il sera réduit sur le pied dud. Douaire coutumier, eu égard à la quantité des Biens du mari, tant libres que substitués.

L'Art. 46. veut que cette hypothèque subsidiaire ait lieu, tant pour le principal, que pour les intérêts de l'augment de Dot, de gain de survie ou de donation à cause de nôces, dans les Pays où la stipulation de ces droits est usitée; sans néanmoins, ajouter cet Article, que cette hypothèque puisse être exercée par la femme pour une plus grande quotité que le tiers de la Dot, encore que l'augment fût plus considérable.

Cette hypothèque subsidiaire prend son origine du Droit Romain, en l'Authentique *Res quæ cod. comm. de legat.* & en la *Novelle 39. de Justinien.* Les Cours Souveraines, sur le fondement de ces Loix, ont toujours accordé cette hypothèque aux femmes sur les Biens dont les Maris sont chargés de Fidécimmis, pour la répétition de leurs Dots & Augments, pourveu

toutefois que la Substitution soit faite par un Ascendant, & que la Dot ait été réellement comptée.

Le Parlement de Toulouse juge aussi, que cette hypothèque a lieu non-seulement à l'égard de la femme du premier héritier & de la première femme, mais encore en faveur de la femme d'un second ou troisième héritier, & même d'une seconde femme d'un desdits héritiers, *suivant les Arrêts rapportés par M. de Catelan, Liv. 4. Chap. 41.*

Ensorte que suivant ce que nous venons de dire, lorsque les Biens libres du Mari ne sont pas suffisans pour la répétition de la Dot & de l'Augment de la femme, elle peut recourir sur les Biens que le Mari est chargé de rendre à d'autres, en vertu de cette hypothèque subsidiaire qui lui est acquise, à compter du jour de son Contrat de mariage; & en conséquence, faire saisir & vendre par décret les Biens substitués.

Mais cette hypothèque subsidiaire n'a pas lieu pour le précipat, la donation des Bagues & Joyaux, ni pour aucune autre libéralité du Mari, ni pour le deuil de la femme, comme il est porté *par l'Art. 18.* de l'Ordonnance déjà citée. Et l'Art. suivant excepte encore les cas où les Biens propres à la femme en Pays Coutumier,

& les Biens dotaux en Pays du Droit écrit, auront été aliénés de son consentement pendant le Mariage, voulant dans ce cas, que la femme n'ait pour raison de cette alienation aucun recours sur les Biens substitués, sauf à elle à se pourvoir contre les débiteurs desdits Biens, suivant les dispositions des Loix, Coutumes, & Statuts qui y sont observés.



CHAPITRE III.

*Des Biens qui peuvent être hypothéqués,
& de ceux qui ne peuvent pas l'être.*

ON peut hypothéquer toute sorte des Biens, soit meubles ou immeubles, par l'estipulation d'une hypothèque générale faite dans un Contrat de tous les Biens du débiteur, & même par une condamnation prononcée contre le débiteur, comme nous l'avons déjà observé. De sorte qu'en vertu de cette hypothèque générale, le Créancier peut faire saisir, non-seulement les immeubles de son débiteur, mais encore tous les meubles, pourvu toutes fois, à l'égard des meubles, qu'ils soient entre les mains du débiteur; car s'ils ont passé en d'autres mains, soit par vente, donation, ou autrement, il ne pourroit pas les suivre & les faire saisir, parce que c'est une maxime reçue en France, que les meubles n'ont pas de suite par hypothèque.

Mais à l'égard des immeubles, on peut les suivre par tout; c'est-à-dire, entre les

main des Tiers-acquereurs & possesseurs, pourveu qu'ils n'en aient pas joui paisiblement pendant dix ans entre présens, & vingt ans entre absens; car dans ce cas, ils ne pourroient être recherchés, ayant prescrit l'action hypothécaire des Créanciers, comme nous l'expliquerons plus au long dans la suite de ce Traité.

Ainsi en suivant la distinction que nous venons de faire, les meubles & les immeubles peuvent être hypothéqués par une hypothèque générale des Biens du débiteur. Mais lorsqu'on remet quelque meuble entre les mains du Créancier, pour la sûreté de la somme qu'il prête, cela s'appelle donner en gage; & dans ce cas le Créancier en Pays Coutumier, ne peut pas être forcé de rendre le gage, qu'il ne soit payé, tant de la somme pour laquelle il a été donné, que de ce qu'il peut lui devoir d'ailleurs, le tout conformément à la Coutume de Paris.

En effet, cette Coutume porte à l'Article 181, que celui qui est nanti d'un gage pour la sûreté de sa dette, est en droit de le retenir jusqu'à son paiement, & est préféré sur la vente d'icelui, à tous les autres Créanciers de son débiteur, ce qui est conforme à la disposition de la Loi *Unique*, au Code *ob Chirogra. pecun.* Et cela, parce que dans cette Coutume, les meubles

ne sont point regardés comme susceptibles d'hypotèque.

Il en est autrement dans les Pays du Droit écrit, où l'on juge que le Créancier saisi du gage, n'a aucun droit de rétention, & que dans le cas de saisie réelle de ses Biens, les Créanciers sont alloués sur le prix provenant, tant des meubles, que des immeubles, chacun suivant la date de leurs hypotèques. Mais s'il n'est question que d'une saisie ou exécution des meubles, le Créancier a droit de retenir le gage jusques à ce qu'il soit payé de ce qui lui est dû, au préjudice même d'un Créancier antérieur, parce qu'on y regarde les meubles comme susceptibles d'hypotèque, tandisqu'ils sont au pouvoir du débiteur, & qu'il en conserve la propriété. Comme il a été jugé par un Arrêt du Parlement de Toulouse, du 14. May 1725. rapporté par *Vedel, sur M. de Catelan, Liv. 5. Chap. 1. in fine.*

Du reste, ce que nous disons des meubles, s'applique aussi aux Rentes constituées à prix d'argent ou volantes, dans les Pays où elles sont réputées meubles, comme au Parlement de Toulouse, & autres Pays du Droit écrit. C'est-à-dire, que ces Rentes ne peuvent pas être suivies par hypotèque, quand elles ont été aliénées ou cedées, & la cession dûement signifiée au

débiteur desdites Rentes.

Mais dans les Pays où ces Rentes sont réputées immeubles, comme à Paris, & dans la plupart des Pays Coutumiers, elles peuvent être saisies & vendues par décret, comme les immeubles. Il en est de même des Rentes foncières & des Rentes sur l'Hôtel de Ville de Paris, qui sont réputées immeubles. Mais pour sçavoir si les Rentes constituées sont meubles ou immeubles, il faut se régler par la Coutume du domicile du Créancier; & en cas le Créancier change de domicile, il faut suivre celui qu'il avoit lors de la création de la Rente, ce qui doit s'entendre des Rentes constituées sur des Particuliers, & non de celles qui sont dûes par le Roi, le Clergé, les Villes, ou les Provinces. Car à l'égard de celles-cy, on suit la Coutume du lieu où elles sont assignées, parce qu'elles ont une assiette certaine au Bureau établi pour la recette du fonds destiné, & pour le payement de la Rente & des arrérages qui s'en fait aux Créanciers. *Sur quoi on peut voir Louet, Lettre R. Somm. 31. nomb. 2. Ferrière, dans son Dictionnaire de la Pratique, sous le mot Rente Constituée. Et M. d'Héricourt dans son Traité de la Vente des immeubles par décret, Chap. 3. nomb. 13. page 41.*

Ainsi quoique le mot d'hypotèque & le

mot de gage ayent la même signification, puisqu'ils produisent le même effet ; c'est-à-dire , l'affectation d'une chose donnée pour la sûreté de l'engagement qu'on a pris dans un Contrat , néanmoins le mot de *Gage*, se dit plus proprement des choses mobilières qu'on remet au pouvoir du Créancier , & le mot d'*Hypotèque*, signifie précisément le droit acquis au Créancier sur les immeubles de son débiteur , quoiqu'il n'en soit pas mis en possession. Ces distinctions sont établies pour les Loix Romaines , comme on peut voir dans les *Institutes de Justinien*, Liv. 4. Tit. 6. Dans la Loi 5. §. 1. ff. de pignor. & hypotec. & dans la Loy 1. & 9. § 2. ff. de pignor. action.

Pour pouvoir hypothéquer un immeuble , il faut en avoir la pleine propriété ; car un usufruitier ni un engagiste ne peuvent pas hypothéquer le fonds dont ils n'ont que l'usufruit , ils peuvent seulement hypothéquer les fruits & revenus qu'ils font en droit de percevoir de ce fonds.

Il en est encore de même d'un acquereur qui ne peut pas hypothéquer pendant l'an & jour du retrait lignager , le fonds qu'il a acquis , parce que pendant ce tems-là , il n'a qu'une propriété incertaine & conditionnelle , & dont il peut être dépouillé par un Retrayant ; & que pour pour

voir hypothéquer un fonds, il faut en avoir une propriété incommutable. *Cum sit manifestum obligationem pignoris non consistere nisi in his quæ quis de Bonis suis jactat obnoxia*, dit la Loi 6. Cod. quæ res pignor. obligat. poss. Sur quoi on peut voir l'Arrêt du 12. Janvier 1672. rapporté dans le premier Tome du Journal du Palais, page 142. qui l'a jugé de même.

Quoiqu'on ne puisse pas hypothéquer, comme nous venons de le dire, les Biens dont on n'a point la propriété, on peut néanmoins par une hypothèque générale de tous les Biens présens & à venir, hypothéquer les Biens qu'on n'a pas encore en son pouvoir, & dont par conséquent on n'a pas la propriété lors du Contrat d'obligation, parce que l'hypothèque des Biens à venir, comprend tous les Biens qu'on peut acquérir dans la suite, à quelque titre que ce puisse être, & qui peuvent être susceptibles d'hypothèque, suivant la Loi 1. ff. de pignor. & hypotec.

De plus, quoique l'obligation des Biens à venir ne soit pas exprimée dans le Contrat, elle y est néanmoins comprise sous l'obligation générale de tous les Biens de l'obligé. Car, comme dit Justinien, en la Loi dernière, au Code quæ res pignor oblig. poss. *Jus tamen generalis hypotecæ, etiam ad futuras res perducatur*. Ainsi quoiqu'on

ne puisse pas hypothéquer un immeuble dont on jouit , & dont on n'a pas la propriété, on peut cependant hypothéquer celui dont on ne jouit pas encore , mais dont on peut acquérir la propriété dans la suite.

Il en seroit autrement , si l'hypothèque n'étoit pas générale , & qu'elle fut restreinte à certains Biens ; dans ce cas , elle ne s'étendrait pas sur d'autres Biens que sur ceux qui seroient spécialement hypothéqués ; mais elle comprendroit tous les accessoires de ces Biens ; c'est-à-dire , tout ce qui pourroit en provenir & l'augmenter ; comme par exemple , les fruits qui naissent du fonds ; les rentes & autres revenus qui en proviennent , lesquels , comme une suite & un accessoire du fonds , sont compris dans l'hypothèque de ce même fonds , pourvu toute fois qu'ils n'en soient point séparés ; car s'ils avoient été percûs , ils ne seroient plus sujets à cette hypothèque , parce que comme nous l'avons déjà dit , les meubles n'ont pas de suite.

Il en faut dire de même , lorsqu'un héritage se trouve augmenté par alluvion. Tout ce que la Riviere y a ajouté , est compris dans l'hypothèque du fonds ; comme aussi , lorsqu'un Bâtiment a été construit dans un fonds sujet à une hypothèque , ce Bâtiment y est aussi sujet. Mais si un Bâtiment hypothéqué vient à perir par un incendie ,

cendie , ou tombe en ruine , l'hypotèque ne subsiste plus que sur le fonds qui reste.

Ce que nous disons de la démolition d'un Bâtiment , doit s'appliquer a tout autre changement arrivé au fonds hypotéqué ; comme par exemple , si le debiteur a démoli une maison , & en a fait un Jardin ; s'il a défriché un pred pour en faire une vigne , ou une vigne pour en faire un champ , dans tous ces cas & autres semblables , l'hypotèque se conserve sur le fonds , nonobstant la nouvelle face qu'on lui a donné , *suivant la Loi 16. § 2. ff de pignor. & hypotec.*

Mais si le debiteur qui a laissé périr le Bâtiment le fait rebâtir , dans ce cas l'hypotèque se renouvelle , tant sur le nouveau Bâtiment que sur le fonds , & le Créancier peut l'exercer sur l'un & sur l'autre , par l'argument pris de la Loi dernière , *ff. de pignor. & hypotec.*

Nous disons que lorsqu'un Bâtiment a été construit dans un fonds hypotéqué , il est sujet à l'hypotèque contractée sur ce même fonds , comme en étant un accessoire ; d'où il semble qu'on doive conclurre , que ce Créancier peut , en exerçant son hypotèque , faire saisir & vendre par décret , tant le Bâtiment que le fonds , & se les faire adjuger , sans qu'il soit tenu à aucun dédommagement envers le tiers possesseur de ce Bâtiment,

Cependant les Loix décident dans ce cas, que le Créancier ne peut se faire adjuger le fonds & le Bâtiment, qu'à la charge de rembourser au tiers-possesseur les fraix & dépenses qu'il a fait pour la construction de ce Bâtiment, pourvu toutesfois que ces dépenses n'excèdent pas la valeur du Bâtiment; car si elles les excédoient, il ne seroit pas juste que ce Créancier fût obligé de les rembourser, puisque par-là il seroit obligé de consommer une bonne partie de sa Créance à l'acquisition de ce Bâtiment. *Bonâ fide possessores, non aliter cogendos creditoribus ædificium restituere, quàm sumptus in extruccionem erogatos, quatenus pretiosior res facta est, recipere.* Leg. 29. §. 2. ff. de pignor. & hypotec. & Leg. 7. § 7. & 12. ff. de acquirend. rer. domin.

Ces Loix sont fondées sur ce que tout possesseur de bonne foi, peut faire sur le fonds qu'il a acquis, tout ce qu'il veut; & conséquemment, que les Bâtimens qu'il fait dans le fonds hypothéqué, ne sont point compris dans l'hypothèque, parce qu'il n'est pas juste que le propriétaire d'un fonds profite aux dépens d'un tiers, des améliorations & dépenses utiles & nécessaires, que ce tiers y a faites; de sorte que dans ce cas on lui en accorde le remboursement.

Aussi l'Ordonnance de 1667. Tit. 27. art. 9. porte expressément, que celui qui

gura été condamné à délaisser la possession d'un héritage , en lui remboursant quelques sommes, espèces, impenses ou améliorations, ne pourra être contraint de quitter l'héritage, qu'après avoir été remboursé : & à cet effet, il sera tenu de faire liquider lesdites espèces, impenses, & améliorations dans un seul délai, qui lui sera donné par Arrêt ou Jugement, &c.

On permet même au possesseur de mauvaise foi de répéter les dépenses utiles & nécessaires, dès qu'elles sont existantes; & à l'égard des dépenses de pure volupté, on permet seulement au possesseur de mauvaise foi de les emporter, pourvu que cela puisse se faire sans dégrader ni détériorer le fonds, à la charge de remettre les choses dans leur premier état, à moins que le Propriétaire du fonds n'offre de lui en payer la valeur. Dans ce cas ils peuvent s'accorder, & laisser les choses comme elles se trouvent. Sur quoi on peut voir *les Loix 38. & 39. ff. de heredit. petitione.*

Lorsqu'un débiteur hypothèque un fonds dont il a la propriété, & un autre l'usufruit, quand l'usufruit prend fin, l'hypothèque comprend, non-seulement le fonds; mais encore les fruits qui y sont attachés, comme en étant l'accessoire. Mais lorsque le débiteur n'hypothèque qu'un fonds ou un héritage particulier, & que des deniers

provenans des fruits de ce fonds ou de cet héritage, il en acquiert un autre, le nouveau fonds, quoique acquis des fruits qui étoient sujets à l'hypothèque, n'y est pas néanmoins sujet; car ces fruits, quoique hypothéqués au Créancier avec le fonds, tandis qu'ils y étoient attachés, ne le sont plus après qu'ils en ont été détachés, & qu'ils ont été vendus. C'est pourquoi le fonds acquis des deniers provenans de la vente des fruits, devient comme une chose étrangère, & par conséquent non-sujette à l'hypothèque de ce fonds.

Il en seroit sans doute autrement, si le débiteur avoit hypothéqué tous ses Biens, dans ce cas le nouveau fonds acquis seroit compris sous l'hypothèque générale, stipulée par le Créancier. Comme il est décidé par la Loi 3. au Code in quib. caus. pignor.

Mais si un débiteur faisoit un échange d'un fonds spécialement hypothéqué avec un autre, cet échange ne feroit point passer l'hypothèque sur le fonds pris en contre échange; par la raison que l'hypothèque étant restreinte au fonds baillé en échange par le débiteur, cette hypothèque ne peut pas changer, ni s'étendre à un autre, puisqu'il est de la nature de l'hypothèque, de n'affecter que le fonds engagé, & de le suivre par tout, & en quelques mains qu'il soit,

Ainsi les changemens arrivés sur le fonds hypothéqué, sont inutiles pour le décharger de l'hypothèque. Aussi il arrive toujours que lorsque dans une saisie réelle des Biens d'un débiteur, on a compris des Biens échangés, celui qui a donné son fonds en contre échange, conclut à ce que ce fonds soit distrait de la saisie, attendu qu'il n'est point sujet à l'hypothèque des Créanciers.

Il en seroit sans doute autrement, si le débiteur avoit hypothéqué tous ses Biens présens & à venir. Il est certain que dans ce cas, cette hypothèque générale comprendroit le fonds baillé en contre échange, ce qui doit être entendu, non que le Créancier fût en droit de faire saisir & vendre par décret les deux fonds échangés, mais seulement le fonds baillé en contre échange, comme tenant la place du fonds baillé en échange, suivant la maxime : *Subrogatum sapit naturam subrogati*. De sorte que dans ce cas, le fonds baillé en échange, seroit libre entre les mains de celui qui l'auroit pris à ce titre.

Il est vrai que si ces deux fonds se trouvoient compris dans la saisie, le propriétaire du fonds baillé en contre échange, auroit le choix de demander la distraction de son propre fonds, ou de celui qui lui auroit été baillé en échange, comme devant naturellement conserver l'un ou l'autre.

tre, & ne pouvant pas être privé de tous deux à la fois.

Lorsqu'un débiteur a hypothéqué un fonds à deux Créanciers, & pour diverses causes dans le même Contrat, sans distinguer les portions d'un chacun, il est décidé que chacun a son hypothèque sur le fonds entier pour toute sa créance, & qu'il doit prendre son entier paiement sur le prix qui en provient. Mais si le revenu de la vente ne suffit pas pour payer tous les deux Créanciers, dans ce cas leur droit se divise à proportion du montant de leurs créances, & par contribution au sol la livre.

Ainsi par exemple, il est dû 3000. liv. à l'un de ces Créanciers, & 9000. liv. à l'autre, & le fonds hypothéqué n'a été vendu que 8000. liv. celui à qui il est dû 3000. n'aura que le quart du prix; c'est-à-dire, 2000. liv. & l'autre à qui il est dû 9000. liv. en aura les trois quarts, qui font 6000. liv. & par-là chacun perdra le tiers de ce qui lui est dû de sa créance, comme il est décidé par la *Loi 16. § 8. ff. de pignor. & hypothec. & par la Loi 20. § 1. ff. de pignor. action.*

Il en seroit autrement dans le cas Proposé, si de deux Créanciers à qui le même fonds a été hypothéqué, l'un d'eux eût été mis en possession, cette possession distinguerait alors le droit d'un chacun, par-

ce que outre l'égalité du titre , celui qui possède , a toujours l'avantage sur celui qui ne possède pas ; de sorte qu'il ne pourroit pas même être dépossédé , dans ce cas , qu'il ne fût préalablement payé de sa créance. *In pari causa possessor potior haberi debet. Leg. 128. ff. de regul. jur. & Leg. 10. ff. de pignor. & hypotec.*

Sur quoi il faut observer , que ce que nous disons de l'avantage que donne la possession , doit s'entendre du cas seulement où plusieurs Créanciers auroient acquis une hypothèque par le même Contrat , sans distinction de priorité. Car si de plusieurs Créanciers on peut distinguer le tems de leurs hypothèques , le premier en date est préféré , suivant la maxime : *Qui prior est tempore , potior est in jure , Leg. 2. & 4. Cod. Qui potior. in pign. habeant. & Leg. 11. & 12. ff. eod.*

Ce que nous disons encore de l'avantage de la possession , quand à l'hypothèque , a pareillement lieu à l'égard de deux ou de plusieurs acheteurs d'un même fonds ; celui qui s'en est mis le premier en possession , est préféré à tous les autres , quand même ils seroient les premiers acheteurs.

Il en seroit de même dans le cas de deux différends vendeurs de la même chose. Celui qui auroit acheté du véritable maître , seroit préféré à celui qui auroit acheté de

celui qui ne l'étoit pas, quand même il seroit en possession de la chose vendue; parce qu'alors celui qui auroit acheté de celui qui n'en étoit pas le propriétaire, seroit sans titre, & la possession ne pourroit pas prévaloir au titre fait par le véritable Maître. *Ce qui est ainsi décidé par la Loi 9. § 4. ff. de public. in rem action. & par la Loi 31. §. 2. ff. de actionib. empt.*

Lorsqu'un fonds est possédé en commun, & par indivis, par plusieurs personnes, comme par des associés, des Cohéritiers, & autres, & que l'un d'eux hypothèque tous ses Biens à son Créancier, ce Créancier a son hypothèque sur la portion indivise de son débiteur; de sorte qu'il pourroit exercer cette hypothèque sur l'entier fonds, tant is qu'il demeure en commun; mais après que le partage en est fait, l'hypothèque est fixée à la portion échue au débiteur, & les portions des autres deviennent libres & exemptes de l'hypothèque de ce Créancier, qui par conséquent ne peut pas agir contre eux, comme le décide *la Loi 7. § dernier. Quib. mod. pign. vel hypot. solvit.*

Il en est autrement lorsque le fonds est hypothèque aux Créanciers du défunt; dans ce cas, le partage fait entre héritiers des Biens de la succession, ne fait aucun changement à cette hypothèque, & la portion

d'un chacun demeure affectée pour toute la dette. De sorte que si l'un des héritiers paye sa portion, il ne pourra pas empêcher que le Créancier ne fasse saisir son fonds pour la portion des autres ; à moins qu'en payant sa portion, le Créancier n'ait renoncé à la faculté d'agir sur cette portion, & ne l'ait affranchie de son hypothèque ; & cela ; par la raison, que l'hypothèque dans son principe étant indivise sur la tête du défunt, elle demeure telle après le partage du fonds, sur la tête de chacun des héritiers, sauf à celui qui paye sa portion, son recours contre les cohéritiers, pour leurs portions. *Si unus ex hæredibus portionem suam solverit, tamen totares pignori data, venire poterit, quemadmodum si ipse debitor portionem solvisset. Leg. 8. §. 2. ff. de pignor. actiõn.*

Car quoique tous les héritiers ne soient tenus personnellement chacun, que pour sa portion qu'il a recueilli de la succession du défunt, néanmoins ils sont tous tenus hypothécairement pour le tout ; par la raison cy-dessus, que l'hypothèque étant indivise dans son principe, la mort du débiteur n'en change point la nature, comme le décide le *Jurisconsulte, en la Loi 2. Cod. Si unus ex pluribus hæredibus.*

Il en faut dire à peu près de même, lorsqu'il y a plusieurs héritiers d'un Créancier,

& que l'un d'eux reçoit sa portion du débiteur, l'hypotèque reste dans ce cas toute entière aux autres héritiers pour leurs portions sur l'entier fonds hypothéqué; parce que, comme nous venons de le dire, l'hypotèque fait une affectation indivise de l'effet hypothéqué, pour tout ce qui est dû; de sorte qu'il ne dépend pas dans le cas proposé, d'un des héritiers du créancier, en recevant le paiement de sa portion, d'affranchir une partie du fonds de l'hypotèque à laquelle il est sujet. *Si creditorum plures hæredes extiterint, & uni ex his pars ejus solvatur, non debent cæteri hæredes creditoris injuriâ affici; sed possunt totum fundum vendere. Leg. II. § 4. ff. de pignor. action.*

Il en est encore de même, dans le cas que deux différens héritages sont hypothéqués pour une même somme, cette hypothèque devient indivise, & affecte l'un & l'autre de ces héritages pour l'entière somme. De sorte que si l'un de ces deux héritages vient à périr, soit par inondation ou autrement, l'hypotèque demeurera entière pour toute la dette, sur celui des héritages qui reste. *Qui pignori plures res accepit, non cogitur unam liberare, nisi accepto universo quantum debetur. Leg. 19. ff. de pignor.*

De sorte que si dans le cas proposé, le

débiteur paye la moitié, ou une autre partie de la somme dûe, les deux héritages demeureront hypothéqués pour tout ce qui restera dû. *Quamdiu non est integra pecunia creditori numerata, etiam si pro parte majore eam consecutus sit, distrahendi rem obligatam non amittit facultatem, Leg. 6. Cod. de distract. pignor.*

On peut hypothéquer non-seulement son propre Bien; mais encore le Bien d'autrui, soit que le propriétaire y consente ou non, pourvû que cette hypothèque soit conditionnelle; c'est-à-dire, à condition que le fonds que le débiteur engage, lui appartiendra dans la suite, ou que celui qui en est le propriétaire, consentira à cette hypothèque; sans quoi l'hypothèque est inutile. Et si le débiteur avoit hypothéqué un fonds qu'il sçavoit ne pas lui appartenir, sans le déclarer, il pourroit être poursuivi comme stellionataire. *Si quis rem alienam mihi pignori dederit, sciens, prudensque; vel si quis rem alienam mihi obligaverit, nec me de hoc certioraverit, crimine Stellionatus plectetur. Leg. 36. § 1. ff. de pign. action.*

Ceux qui sont chargés de Substitutions ou de Fidécoummis, ne peuvent pas hypothéquer les Biens substitués, ni ceux qu'ils sont chargés de rendre à d'autres, au préjudice de ceux qui sont appellés après eux;

mais s'ils l'avoient fait, & qu'ensuite les Biens substitués devinssent libres sur leur tête, l'hypotèque qu'ils auroient contractée, auroit son effet sur ces Biens.

Il est certain cependant, que les Biens substitués peuvent être hypotéqués pour la Dot & l'Augment, & pour le Douaire des femmes des Substitués, tant pour le capital, que pour les fruits ou intérêts; comme il est porté par les art. 44. 45. & 46. du Titre 1. de l'Ordonnance du mois d'Août 1747.

On peut hypotéquer ses Biens, non-seulement pour ses propres dettes, mais encore pour celles d'autrui; ce que font ordinairement les Cautions ou Fidéjusseurs, lorsqu'ils s'obligent de payer au Créancier au défaut du principal débiteur, ou qui s'obligent solidairement avec le débiteur à faire ou payer quelque chose, sous l'obligation de leurs Biens. *Dare autem quis hypotecam potest, sive pro sua obligatione, sive pro alia. Leg. 5. § ultim. ff. de pignor. & hypotec.*

L'hypotèque générale comprend non-seulement les choses corporelles, qui sont celles qu'on peut voir & toucher, comme un fonds, une maison, & autres choses semblables; mais encore les choses incorporelles, comme sont les dettes, les obligations, les actions, & autres droits,

quoiqu'ils ne soient pas spécialement exprimés dans le Contrat ; de sorte que le Créancier peut , en vertu de cette hypothèque générale , exercer ses droits , tant sur cette espèce des Biens , que sur les autres , & les comprendre dans la saisie réelle des Biens de son débiteur , sous la désignation expresse des noms , voix , droits , & actions , en la manière que nous l'avons expliqué dans notre Traité.

Quoique l'hypothèque générale dont nous venons de parler comprenne les choses corporelles & incorporelles du débiteur , néanmoins il y a des choses corporelles qui ne sont pas comprises dans cette hypothèque , comme sont les habits du débiteur , son lit , ni les autres meubles & ustensilles nécessaires , qu'il est défendu de saisir , par les *Articles 14 , 15 , & 16. du Titre 33. de l'Ordonnance de 1667.*

On excepte encore les Bêtes de labourage , les Charués , & autres choses nécessaires pour la Culture des Terres , non-seulement par rapport à l'intérêt propre & particulier du débiteur , mais encore par rapport à l'intérêt public , qui ne permet pas que toutes ces choses puissent être saisies & vendues , suivant la disposition expresse *des Loix 7. & 8. & de l'Autentique : Agricultores , Cod. quæ res pignor. obligar. poss.*

Un débiteur peut affecter & hypothéquer à son Créancier une obligation pour le paiement de ce qu'il lui doit; en sorte qu'en vertu de cette hypothèque, ce Créancier peut contraindre celui qui en est le débiteur, de lui en payer le montant, à concurrence de ce qui lui est dû, comme il est décidé par la *Loi 18. ff. de pignor. action.* & par la *Loi 4. au Code : Quæ res pignor. obligar. poss.*

Enfin les Loix ont mis au nombre des choses incorporelles qu'on peut hypothéquer, les Servitudes rustiques; mais elles en exceptent les Servitudes urbaines, comme on peut voir dans les *Loix 11. & 12. ff. de pignor. & hypotec* & la distinction remarquée par Cujas, sur les deux Loix. Cependant dans l'usage, connu parmi nous, les unes ni les autres ne peuvent pas être hypothéquées, parce qu'elles sont attachées au fonds auquel elles servent, & qu'elles ne peuvent pas en être séparées; de sorte qu'on ne peut pas les engager, sans engager en même tems le fonds.

Mais tout ce qu'on peut dire pour favoriser l'hypothèque de ces Servitudes, c'est que le propriétaire d'un fonds, en s'obligeant envers son Créancier, peut par forme de gage ou d'hypothèque, imposer une servitude sur son fonds ou sur sa maison, en faveur de ce Créancier, pour en jouir

jusques à ce que la dette lui soit payée : ce qui est une hypotèque , improprement dite d'une servitude , puisque ce n'est autre chose , que l'établissement d'une servitude , auquel le fonds du débiteur demeure assujetti jusqu'au parfait payement de son Créancier.

On peut , non - seulement hypothéquer les meubles & les immeubles , en la manière que nous venons de l'expliquer : mais on peut encore les bailler en engagement au Créancier pour la sûreté de sa dette. Mais lorsqu'on engage un meuble , & qu'on le met entre les mains d'un Créancier , on se sert du terme de *Gage* ; & de celui d'*Engagement* ; lorsque c'est un immeuble qu'on baille au Créancier pour en jouir jusqu'à son payement.

Ainsi le *Gage* est un Contrat , par lequel celui qui emprunte , met entre les mains de son Créancier un meuble pour assurance de ce qu'il lui prête , & pour le retenir jusqu'à ce qu'il soit payé ; & l'engagement est une tradition actuelle d'un immeuble que fait le débiteur à son Créancier , afin qu'il en jouisse , & que les revenus lui tiennent lieu de l'intérêt de la somme due jusqu'à son remboursement ; de sorte que le Créancier ne peut jamais prescrire la propriété de l'immeuble , quand même il en jouiroit pendant plus de cent ans , par

la raison, que *non sibi, sed Domino possidet*; & que pour pouvoir prescrire, il faut avoir la propriété, ce que l'engagement ne donne jamais. Ainsi par la même raison le débiteur ne peut pas non plus prescrire la dette contre son Créancier, tandis que celui-cy conserve la jouissance du fonds engagé, quelque long-tems qu'il se soit écoulé depuis le prêt.

L'engagement & l'antichrèse, sont à peu près la même chose, si ce n'est que dans le simple engagement d'un fonds, l'Engagiste ne peut prétendre les fruits, qu'à concurrence des intérêts de la somme qui lui est dûë, sur le pied de l'Ordonnance, & qu'il doit imputer ce qui excède sur le capital, au lieu que dans l'antichrèse, le débiteur baille à son Créancier un fonds, pour en jouir, avec convention, que les fruits lui tiendront lieu d'intérêts de ce qui lui est dû, sans qu'il soit tenu à aucune imputation, quoique les fruits excèdent le taux des intérêts ordinaires.

Mais si l'Engagiste après avoir pris une maison ou un fonds, le baille ensuite à loyer ou à ferme à un tiers pour un certain prix, comme dans ce cas le prix des fruits est fixé, il doit imputer sur le capital, ce qui excède l'intérêt légitime: ainsi ce n'est que lorsque l'Engagiste jouit lui-même de l'immeuble, qu'il n'est pas tenu à

aucune imputation , à cause de l'incertitude des fruits & des grands fraix qu'il faut faire pour la culture des fonds ; *sur quoi on peut voir Mr. de Catellan Livre 5. Chap. 1.*

Il y a un autre espèce d'engagement , qui se fait , lorsque le débiteur vend à son Créancier un fonds à faculté de rachapt , & que dans le même Acte l'Acquereur baille à ferme le même fonds au Vendeur sous une certaine rente , qui ne peut excéder les interêts ordinaires ; de sorte que ce qui excède , doit être imputé sur le capital , ce qu'on appelle Contrat pignoratif , parce qu'il donne lieu le plus souvent au Créancier à prendre des interêts usuraires , en baillant à ferme à son débiteur , le fonds , sous un prix qui excède de beaucoup l'interêt de la somme prêtée ; ce qui fait que ce Contrat est reprouvé , lorsqu'il paroît qu'il contient Usure ; ce qu'il faut entendre de maniere qu'on n'annule point ces sortes d'Actes , mais seulement qu'on réduit la somme stipulée pour interêts , au juste prix du Prêt ou de la Vente , quand il peut être connu. *Suivant Mr. Maynard, Liv. 7. Chap. 67 & Graverol sur Mr. Laroche Liv. 6. sous le mot Obligation.*

Les marques ordinaires d'un Contrat pignoratif , sont 1^o , La vilité du prix de la

vente. 2°. La stipulation du rachapt perpetuel. 3°. Le renouvellement ou la prorogation réitérés de la faculté de rachêter. 4°. La reconduction, ou bail à ferme des Biens achetés, fait dans le même Contrat, sous une rente excessive. 5°. La coutume ordinaire de celui qui paroît acheter, de prêter à usure, & qu'il est reconnu pour Usurier, & autres circonstances de cette espèce, sans lesquelles les ventes à faculté de rachapt ne sont pas présumées être des Contrats pignoratifs, & usuraires.

Du reste, chacune de ces marques en particulier, n'est pas capable de faire connoître la fraude pratiquée dans le Contrat: il faut qu'elles soient réunies ensemble, pour prouver qu'un Contrat est pignoratif & usuraire. *Voyez Ferriere dans son Dictionnaire de la Pratique, sous le mot Contrat pignoratif.*

Il faut observer que l'antichrese est prohibée dans la France Coutumière; mais elle est en usage dans les Pays du Droit écrit, pourvu, comme nous l'avons déjà dit, que le revenu ou les fruits du fonds engagé, n'excèdent pas les intérêts légitimes de la somme prêtée. *Par les Nouvelles 32. 33. & 34.* elle est défendue aux Laboureurs, afin que la culture des Terres ne soit pas négligée, & que se voyant hors d'état de payer la rente stipulée, les Pay-

sans ne soient forcés de vendre le fonds ou de l'abandonner ; sur quoi on peut voir *Ferriere ci dessus cité, sous le mot Antichrese.*

Enfin, la convention faite dans un Contrat d'engagement, soit d'un meuble ou d'un immeuble, que la chose engagée sera acquise au Créancier faute de paiement dans un certain tems de la somme prêtée, est reprovée, & n'a jamais son effet ; de sorte que le debiteur est toujours reçu à retirer la chose engagée, en remboursant à son Créancier ce qu'il lui doit ; le pacte commissoire n'ayant lieu que dans les ventes pures & dans les Baux à locatérie perpétuelle, & non dans l'engagement ou antichrese, comme l'enseigne *Ferriere sur la Quest. 6. de Guipape.*

Tout ce que le Créancier peut faire, lorsque le debiteur ne paye point ce qu'il doit au tems marqué pour retirer son gage, c'est de le faire assigner devant son Juge, pour voir ordonner, que faute de paiement, il sera procédé à la vente de la chose qui lui a été donnée en gage, ce qui est toujours observé, quand même l'obligation porteroit que ce Créancier pourroit vendre le gage, après une simple sommation, cette clause ne dispenseroit pas le Créancier de le faire vendre d'autorité de Justice, le debiteur appellé. *Ferriere dans sa Pratique sous le mot Gage.*

Il en est sans doute autrement à l'égard d'un immeuble baillé en engagement, le Créancier ayant droit d'en jouir comme nous l'avons déjà dit jusqu'à son remboursement, & le débiteur ayant la faculté de le retirer en tout tems, en payant au Créancier le prix de l'engagement, il s'ensuit que le Créancier ne peut en aucun tems faire vendre le fonds sans le consentement du débiteur.

Il y a encore une autre maniere d'hypotéquer les immeubles, qui est observée dans certaines Provinces du Royaume, qu'on appelle Coutumes de Nantissement: à l'effet de rendre publiques & notoires les hypothèques, & empêcher les stellionats qui se commettent dans les lieux où elles sont secrètes. La formalité de ce nantissement consiste, en ce que le Créancier qui est porteur d'une obligation, se transporte en la Justice fonciere du lieu où est assis l'héritage sur lequel il veut acquérir l'hypotèque, pour exhiber son Contrat aux Officiers de ladite Justice & les requérir en présence de témoins, de le nantir sur ledit héritage pour la sûreté de la dette ou de la rente portée par le Contrat; & qu'à l'avenir ils ne reçoivent aucun autre nantissement, que ce ne soit à la charge de sa rente ou de de la priorité de son droit, de quoi lesdits Officiers lui donnent ac-

te, lequel est endossé à son contrat, & ensuite enregistré au Greffe de lad. Justice foncière, au moyen de quoi l'hypotèque est acquise au Créancier sur les biens de son débiteur.

Il y a donc cette différence entre l'hypotèque & le nantissement, en ce que parmi nous l'hypotèque s'acquiert en vertu du Contrat public dûment contrôlé, du jour de ce Contrat, au lieu que dans les Provinces où ce nantissement est requis, il faut outre ce Contrat public, que le Créancier le fasse enregistrer en la Justice foncière où les Biens sur lesquels il veut acquérir l'hypotèque sont assis; sans quoi il n'acquiert aucune hypotèque.

Comme cette formalité du nantissement n'a lieu que dans certaines Provinces du Royaume, comme en Picardie, en Champagne, & dans quelques autres Coutumes, nous renvoyons le Lecteur aux Auteurs qui traitent cette matière, tels que sont Gouget, Bruneau, Lange dans la Pratique Civile, & Ferrière dans son Dictionnaire de la Pratique, sous le mot *Nantissement*.



CHAPITRE IV.

DES personnes qui peuvent hypothéquer leurs Biens & de celles qui ne peuvent pas les hypothéquer.

POUR pouvoir valablement hypothéquer un fonds ou autre immeuble, il faut en avoir une propriété incommutable; c'est à dire, une propriété fixe & absolüe: de sorte que ceux qui n'ont que l'usufruit, ou une propriété incertaine d'un fonds, ne peuvent pas l'hypothéquer, parce que, comme dit la Loi 54 ff de Regul. Jur. *nemo plus Juris transferre potest, quam ipse habet.*

Il ne suffit pas d'avoir la propriété d'un immeuble pour pouvoir l'hypothéquer, il faut encore, qu'il n'y ait aucune incapacité en la personne du propriétaire qui puisse l'empêcher d'en disposer. Ainsi les Pupilles, les Mineurs, les Prodiges, les Interdits, & autres, qui ne peuvent pas aliéner leurs Biens, ne peuvent pas par conséquent les hypothéquer valablement.

Mais les fils de Famille peuvent, s'ils

sont majeurs, hypothéquer leurs Biens, à qui bon leur semble, à l'exception du prêt en argent qui leur est défendu par le Senatus-Consulte Macedonien; ainsi ils peuvent aliéner & hypothéquer les Biens qui proviennent de leur Pécule Castrense ou Quasi-Castrense, parce qu'ils en ont la pleine propriété, non-obstant la puissance Paternelle, *Suivant la Loi 19. ff de pignor. action.* de sorte qu'on peut faire saisir & vendre par décret cette sorte des Biens, même pendant la vie de leur Pere, & sans que son opposition puisse y mettre obstacle.

Ils peuvent aussi s'obliger, & cautionner valablement pour leur Pere, & même pour un Etranger, sans espoir de restitution, s'ils ne sont Mineurs, comme il est décidé par *la Loi 10. §. 1. ff de Fidejussor;* & par *la Loi 1. au Code de Fil. Famill. Minor.* & par conséquent ils peuvent hypothéquer leurs Biens pour l'accomplissement de leurs obligations, à l'exception, comme nous l'avons dit, du prêt expressément défendu par le Macedonien, *suivant la Loi 39. ff. de obligat. & action,* & les arrêts rapportés par *Catellan Liv. 3. Chap. 15.* & par *Vedel dans ses Observations sur cet Auteur.*

Les Fils de Famille Majeurs peuvent vendre & aliéner valablement sans le consen-

tement de leurs Peres, les Biens dont ils ont la propriété & l'usufruit, comme sont le Pécule Castrense & Quasi-Castrense, & ceux qui leur ont été donnés sous la condition que leurs Peres n'en auroient pas l'usufruit; ils peuvent encore vendre & aliéner sans le consentement de leurs Peres les Biens qu'ils leur ont donné en les mariant, quoiqu'ils s'en soient réservés l'usufruit dans le Contrat de Mariage; mais ils ne peuvent pas vendre ni aliéner les Biens dont leurs Peres ont l'usufruit par droit de puissance paternelle, sans le consentement de leurs Peres; de sorte que l'aliénation qu'ils pourroient faire seroit nulle, même après la mort de leurs Peres, quand même le Fils de Famille vendeur auroit réservé l'usufruit à son pere, comme *il est décidé par la Loi dernière, §. Filiis autem §. Cod. de bon. quæ liberis.*

Cette Jurisprudence est fondée sur ce que, au premier cas, il s'agit de priver les Peres d'un usufruit qui leur est dû par la puissance Paternelle, & que la Loi citée ne prohibe l'aliénation, que des biens dont le pere a l'usufruit, par le droit naturel de la puissance paternelle; c'est pourquoi la vente est déclarée nulle; & au second cas, sur ce qu'il ne s'agit que d'un usufruit dû au Pere par la réservation qu'il en a faite dans le Contrat de Mariage de son fils, comme

un Donateur étranger auroit pû faire, ce qui n'empêche pas que l'aliénation en soit valable en réservant néanmoins l'usufruit au Pere pendant sa vie, comme il a été jugé par les Arrêts rapportés, par *Mr. de Catellan, Liv. 5. Chap. 28.*

Un Tuteur pour les affaires de son pupille, peut engager & hypothéquer les Biens de son pupille, pourvû que l'emprunt ou l'obligation qu'il contracte, soit pour l'avantage du Pupille; car si l'obligat ou étoit pour ses propres affaires, le Pupille devenu Majeur, se feroit restituer envers l'hypothèque, *suivant la disposition de la Loi 3. au Code : Si alienares pignor. dat. & la Loi 11. Cod. de reb. eor. qui sub tutel.*

Un procureur fondé & tout autre Administrateur peut hypothéquer les Biens de ceux dont il administre les affaires; pourvû aussi qu'il le fasse pour leur avantage & pour leur intérêt, *comme le decide la Loi 1. & derniere, au Code, si alien. res pignor. dat.*

Les Mineurs suivant les Loix pouvant contracter & s'obliger valablement, peuvent par conséquent hypothéquer leurs Biens, mais s'ils sont trompés ou lezés par les actes qu'ils passent; comme si la somme empruntée n'a pas tourné à leur profit, ou que l'obligation leur soit préjudiciable, ces mêmes Loix leur permet-

tent de les attaquer & de s'en faire relever, pourvû qu'ils forment leur action dans les dix ans après leur majorité; c'est-à-dire, dans la trente-cinquième année de leur âge; mais lorsque les Mineurs ne sont point lezés, ou qu'ils ne se sont point pourvûs contre les actes dans les dix années, ou enfin s'ils ont ratifié en majorité, leurs obligations, dans tous ces cas, leurs engagemens & les hypotèques qu'ils ont contractées, subsistent & doivent avoir leur effet.

Nous disons que les Mineurs, lorsqu'ils sont lezés, sont relevés de leurs obligations: il faut néanmoins excepter de cette règle, les Mineurs qui sont Négocians & Marchands, soit en gros & en détail, de même que les Banquiers qui sont Mineurs; tous lesquels étant réputés Majeurs pour le fait de leur Commerce ou Banque, peuvent pour tout ce qui en dépend, s'obliger & hypothéquer valablement leurs Biens, comme il est porté par *l'art. 6. du titre 1. de l'Ordonnance du Commerce de 1673.*

Il faut pareillement excepter les Négocians, Marchands, & Banquiers Mineurs, & qui sont en même tems sous la puissance paternelle, lesquels ne peuvent pas se servir du *Velleyen* pour annuller leurs engagemens, parce que toutes ces person-

nes pour raison de leur Commerce ou Banque, sont réputées majeures & émancipées; de sorte que leur minorité, ni la puissance paternelle sous laquelle ils sont, ne peut pas leur fournir un moyen de restitution envers les obligations qu'ils ont contractées.

Sur quoi il faut remarquer, que pour être dans le cas de l'Ordonnance citée, il faut que les Mineurs ou les Fils de famille, fassent profession publique de Commerce ou de Banque, & que les obligations par eux contractées, soient pour fait de leur Commerce ou Banque; car s'ils n'étoient ni Commerçans ni Banquiers, ils pourroient se faire restituer envers leurs obligations, quand même elles seroient pour fait de Commerce ou de Banque; comme aussi, si étant Commerçans & Banquiers, & qu'ils eussent contracté pour un fait étranger à leur Commerce. Ainsi par exemple, si un Mineur qui ne seroit ni Marchand ni Banquier, avoit accepté une Lettre de Change, par laquelle il fut lezé, il seroit relevé de son engagement, il en seroit de même, si étant Négociant ou Banquier, il avoit cautionné pour quelqu'un, ou qu'il eût contracté une autre Obligation qui ne fût pas de son Commerce: sur quoi on peut voir *Mr. Boutaric, sur l'article cité.*

Ce que nous disons des Mineurs & des Fils de famille, Commerçans ou Banquiers, doit s'appliquer aux Bénéficiers, lesquels pour raison des droits, fruits & revenus de leurs Bénéfices, sont aussi réputés Majeurs, & *sui juris*, & peuvent par conséquent s'obliger, & hypothéquer leurs Biens sans espoir de restitution, *suivant Me. Boutaric, à l'endroit cité, & l'art. 14. du titre 15. de l'Ordonnance de 1667.* si ce n'est pour fait de résignation de Bénéfice; car dans ce cas, les Arrêts ont jugé qu'un Mineur qui a été séduit & suborné pour résigner son Bénéfice, étoit restituable, & pouvoit faire annuler sa résignation, *suivant les Arrêts rapportés par Dumoulin, sur la règle de public. résignat. nom. 241. Celui du 12. Septembre 1672. rapporté dans le Journal du Palais, tom. 1. page 314. & celui du 7. Mars 1676. rapporté dans le même Journal, page 749.*

Les Officiers Royaux & les Avocats sont aussi réputés Majeurs, pour raison des fonctions de leurs Offices & de leur Profession d'Avocat, & ne peuvent pas par conséquent se faire relever des obligations qui concernent les fonctions de leur ministère, mais il en est autrement des Contrats & obligations qu'ils passent d'ailleurs, à l'égard desquels ils peuvent être

restitués en entier, toutes les fois qu'ils sont lezés; ce que la Jurisprudence des Arrêts a étendu à toute sorte d'Officiers, même aux Officiers des Cours Souveraines, parce qu'une majorité civile & légale ne suffit pas pour la validité de leurs obligations; mais qu'il faut encore une véritable majorité que les Loix ont fixée à l'âge de vingt-cinq ans accomplis, pour pouvoir être exclus du bénéfice de restitution, *comme il a été jugé par les Arrêts rapportés dans le Journal du Palais, tom. I. page 409.*

Nous avons dit que les Mineurs peuvent se faire restituer envers les obligations, par lesquelles ils sont lezés; mais que s'ils ne les attaquent pas dans le tems prescrit, ou que s'ils les ratifient après leur majorité, elles sont valables: sur quoi on demande de quels jours les hypothèques provenant de ces obligations ont lieu; si c'est du jour de l'Acte passé en minorité, ou du jour que les dix années de la restitution sont expirées, & que le Mineur n'est plus à tems à les attaquer, ou du jour de la ratification?

Sur cette question, il y a des Auteurs qui distinguent le cas de la simple ratification d'un Acte, par lequel le Mineur n'a été trompé ni lezé, de la ratification par laquelle le Mineur renonceroit au droit

qu'il auroit de faire valoir la lésion, décidant au premier cas, que la ratification a un effet retroactif au jour de l'Acte; attendu, disent-ils, qu'elle ne fait qu'approuver un Acte qui étoit bon dans son principe; mais au second, ils décident que l'hypotèque a lieu du jour de la ratification seulement, parce que ce n'est que de ce jour-là que l'acte, qui étoit nul dans son principe, a été confirmé, & qu'il a pris toute sa force.

D'autres au contraire, fondés sur les principes du Droit Romain, soutiennent que les Actes passés par les Mineurs, étant valables en eux-mêmes, mais pouvant être annullés dans le cas qu'ils sont lezés, tandis que les Mineurs n'attaquent point ces Actes, ils subsistent dans toute leur force, de même que les hypothèques qui en résultent, à compter du jour de leur date, & peuvent être mis à exécution de ce jour-là.

Pour nous, nous croyons devoir adopter cette dernière opinion, comme plus équitable, & plus conforme aux principes du Droit, suivant lesquels les Actes des Mineurs étant valables, s'ils ne sont point attaqués, il s'en suit que l'hypotèque, qui en est l'accessoire, subsiste aussi du jour de la date desdits Actes, & que dans le cas que ces Actes peuvent être attaqués,

si les Mineurs les ratifient après leur majorité, cette ratification n'étant qu'une confirmation de ces Actes, leur donne un effet rétroactif au jour de leur date; de sorte que les Créanciers qui ont contracté avec les Mineurs, entre le tems de l'Acte nul & celui de la ratification, ne peuvent pas se plaindre que cette ratification leur ôte un droit acquis, puisque en contractant depuis la majorité des Mineurs, ils n'ont point acquis de préférence sur les obligations contractées pendant leur minorité.

En effet, c'étoit à ces Créanciers qui ont contracté depuis la majorité, à s'instruire de l'état des Biens de celui avec qui ils ont traité; devant prévoir que le Mineur a pû s'obliger valablement pendant sa minorité, & qu'il peut avoir passé des Actes, dont il ne réclame pas, & qui peuvent avoir leur effet, *sur quoi on peut voir Me. d'Hericourt, à l'endroit déjà cité, chap. II. sect. 2. nomb. 7. in fine.*

Quand nous disons que la ratification d'un Acte a un effet rétroactif au jour de sa date, au préjudice des Créanciers intermédiaires, cela doit être entendu des actes valables dans leur origine, & non des actes absolument nuls par eux-même; comme seroient par exemple ceux qui seroient passés par une femme mariée sans

être autorisée par son mari, dans les pays où cette autorisation est nécessaire pour la validité des actes, & ceux qui seroient passés par une personne pour une autre, sans aucune commission ni procuration de sa part. Dans tous ces cas & autres semblables, les Actes étant absolument nuls, & la ratification étant regardée comme un premier engagement, contracté par les Parties, ne peuvent avoir aucun effet retroactif, au préjudice des Créanciers qui ont contracté avant la ratification, suivant *Me. Hericourt*, à l'endroit cité, nomb. 8.

Les furieux & les insensés ne pouvant pas contracter, ne peuvent pas par conséquent hypothéquer leurs Biens, ni ratifier aucuns actes qu'ils ayent passé. Il en faut dire de même des Actes passés par les prodigues & par les interdits, depuis la Sentence d'interdiction jusques au jugement qui leur en donne la main-levée; ces Actes étant absolument nuls, la ratification qui en seroit faite ne pourroit produire aucuns effets, ni fixer aucune hypothèque en aucuns tems.

Il faut néanmoins excepter les furieux & les fous, qui ont des intervalles de bon sens, qui peuvent contracter, pourvu que l'on prouve, que c'est dans un de ces intervalles que les actes ont été passés, & non autrement.

Sur quoi on demande, si dans le cas qu'un furieux, ou un prodigue, ou autre interdit, passe un Contrat, & que le Créancier qui connoît l'incapacité de celui avec qui il contracte, exige une caution, l'engagement de cette caution subsiste, quoique l'acte soit absolument nul?

Pour la négative, on dit que l'obligation dans le cas proposé, étant nulle par elle-même, le cautionnement qui en est l'accessoire est pareillement nul; de sorte que la caution n'en est point tenuë, & que ses Biens ne sont point hypothéqués pour l'exécution des conventions, comme il est décidé dans *la Loi 70. §. 4. ff. de Fidejussor.* & dans *la Loi 6. ff. de Verbor. obligat.*

On dit au contraire pour l'affirmative, que celui qui s'oblige pour un autre, doit connoître l'état de la capacité de la personne pour laquelle il s'engage, & sçavoir qu'on ne prend de caution que pour s'assurer le paiement de la dette, ou l'exécution de l'obligation au défaut du Débiteur, soit à cause de son insolvabilité ou de quelque incapacité qui est en lui; d'où on conclut que la caution qui s'est obligée pour un furieux ou un prodigue, ne peut point se servir de l'incapacité de celui pour qui il a cautionné, pour faire déclarer nul son cautionnement, & par conséquent qu'il

doit avoir son effet.

Pour concilier ces différentes opinions, nous croyons qu'il faut considérer dans les Contrats, la matière de l'obligation principale, la bonne ou la mauvaise foi des Parties, quel a été le motif qui a obligé le Créancier de prendre la sûreté d'une caution, si c'est pour une obligation illicite, ou pour suppléer à l'insolvabilité ou à l'incapacité du principal débiteur.

De sorte que dans l'espèce proposée, il faut examiner par les circonstances de l'acte, si la caution qui s'est engagée pour le furieux ou pour le prodigue, a connu son incapacité, ou si elle a eu raison de l'ignorer. Si elle a eu connoissance de l'incapacité, il faut alors présumer qu'elle a eu intention de s'obliger elle-même à exécuter l'acte dans le cas qu'on voulut se prévaloir du moyen d'incapacité du contractant: si au contraire elle a eu raison de l'ignorer, il faut présumer qu'elle ne se feroit pas obligée par un acte qu'elle auroit sçû être nul, & dont elle auroit connu le vice, & dans ce cas elle doit être déchargée de son cautionnement.

Mais s'il arrivoit que par les circonstances de l'acte, il ne fut pas possible de distinguer, si celui pour qui la Caution s'est engagée, avoit en lui quelque incapa-

cité ; il faut alors presumer pour l'exécution de l'acte , parce que , comme nous l'avons dit , celui qui veut s'obliger pour un autre , doit connoître l'état & la qualité de la personne pour laquelle il s'engage , & que c'est toujours sa faute s'il s'engage imprudemment pour une personne qu'il ne connoît pas , ne pouvant pas ignorer qu'on n'exige une caution , que pour assurer l'exécution d'un acte qu'on craint ne pouvoir pas être exécuté contre le principal Débiteur , soit à cause de son insolvabilité , ou autrement.

Il en est de même de la caution qui s'oblige pour un Fils de Famille , ou pour un Mineur ou autre dont l'obligation est naturelle , & peut être annullée par le bénéfice de la Loi , si la caution a connu , ou pû connoître l'incapacité du Contractant , elle demeure obligée , quoique le Fils de Famille ou le Mineur soit restitué ou non envers son obligation , parce qu'on présume alors qu'elle a voulu cautionner , *animo donandi* ; mais si elle n'a pas connu ou n'a pû connoître la qualité du Fils de Famille , ou de Mineur du Contractant , pour lequel elle a cautionné , la restitution qu'il obtiendrait profiteroit à la Caution , sur quoi voyés *Me. Boutaric* , *liv. 3. tit. 21. §. 1. de ses Instit.*

Mais il en est autrement de la Caution

qui s'est obligée pour un Mineur qui demande d'être restitué en entier envers l'acte, pour des causes inhérentes à la chose, & non à la personne, comme s'il s'étoit obligé par force ou par crainte, ou qu'il fut lezé; dans ce cas le Mineur étant restitué envers son obligation, cette restitution profiteroit à la Caution, qui par là seroit dégagée de son cautionnement, suivant la Loi 7. in fine ff. de exception. & la Loi 2. au Code de Fidejussor. Minor. Voyez aussi Charondas en ses Observations, sous le mot Cautions.

Les Femmes qui sont en communauté & sous la puissance de leurs Maris, en Pais Coutumier, ne peuvent s'obliger ni hypothéquer leurs Biens valablement, si elles ne sont autorisées par leur Maris; en sorte que toutes les obligations qu'elles contractent sont nulles sans cette autorisation, & ne peuvent pas même avoir leur effet sur leurs Biens après la mort de leurs Maris, à moins qu'elles ne les ratifient, & dans ce cas même ces obligations n'ont d'effet & ne donnent hypothèque, que du jour de cette ratification.

Il en est de même dans le cas que les Maris ratifient eux mêmes les obligations consenties par leurs Femmes sans être autorisées, comme dans ce cas l'obligation ne devient valable, que du jour de

la ratification du Mari, c'est de ce jour-là seulement que l'hypothèque commence d'avoir lieu pour la sureté de l'obligation. *D'Hericourt, à l'endroit cité nomb. 2.*

Il y a néanmoins une exception dans la Coutume de Paris, *aux art. 234. & 235.* par rapport aux Femmes qui sont Marchandes publiques, & qui font un Commerce séparé de celui de leurs Maris; car dèsque le Mari souffre que sa Femme fasse un Commerce séparé du sien, il est censé, par son silence l'autoriser pour tout ce qui concerne ce Commerce.

Suivant l'Edit du mois d'Août 1706. qui est observé dans les Païs Coutumiers, les Femmes peuvent s'obliger & hypothéquer leurs Biens, soit sous l'autorisation de leurs Maris ou autrement, & l'Edit du mois d'Avril 1664. rendu en interprétation de cet Edit, porte expressément que les obligations ci-devant passées, & qui se passeront à l'avenir, sans aucune force ni violence par les Femmes mariées dans Lyon, Païs de Lyonnois, Maçonnois, Beaujolois & Forest, sur lesquelles aucun Arrêt ne sera encore intervenu, seront bonnes & valables, & que par icelles, les Femmes ayant pû par le passé, & puissent à l'avenir obliger valablement, sans aucune distinction, tous & chacuns

leurs Biens, soit dotaux ou parapher-
naux, mobiliers ou immobiliers, sans
avoir égard à la disposition de la Loi *Ju-
lia*, qui demeure abrogée.

Il y a encore plusieurs autres cas, où
les Femmes mariées en Pais Coutumier,
peuvent engager & hypothéquer valable-
ment leurs Biens, sans être autorisées de
leurs Maris; tels sont 1°. lorsque pour
cause de nécessité elles se font autoriser
par Justice sur le refus des Maris; mais
dans ce cas l'hypothèque quoique acquise
au Créancier du jour du Contrat, ne
peut avoir lieu sur les Biens des Femmes,
qu'après la dissolution du mariage, ou
quand le Mari n'a aucun intérêt.

2°. Lorsque les Femmes engagent ou
hypothéquent leurs Biens pour raison des
dommages & intérêts, auxquels elles se
trouvent condamnées, à cause des crimes
ou délits par elles commis.

3°. Lorsque les Femmes après une lon-
gue absence de leurs maris, marient leurs
Filles, & qu'elles leur font une dot con-
vénable, il faut dans ce cas, que les Fem-
mes s'obligent nécessairement & hypothé-
quent leurs Biens pour la sûreté de cette
dot, sans quoi leurs Filles pourroient
manquer de bons partis.

4°. Lorsque les Femmes sont séparées
de leur Maris, elles peuvent hypothéquer, &c

même aliéner leurs Biens dans les Coutumes qui donnent exprellément aux Femmes séparées, le droit d'aliéner leurs Immeubles ; mais dans la plupart des Coutumes, les Femmes séparées de leurs Maris, n'ont d'autre faculté que d'administrer leurs Biens, & de jouir de leurs revenus, & non de les aliéner ni hypothéquer.

Ainsi dans ces Coutumes, les Femmes ne peuvent disposer que de leurs meubles & des revenus de leurs Immeubles, en faire des baux, donner quittances, & même s'obliger pour leur nourriture & leur entretien, pourvû toutesfois que leurs obligations n'excèdent pas la valeur de leurs meubles, ou les revenus de leurs Immeubles ; car si elles les excédoient, elles seroient nulles, comme faites *in fraudem Legis*, si les Femmes avant de s'obliger, ne s'étoient faites autoriser par Justice ; sur quoi on peut voir *Me. Louet & son Commentateur, lettre F. somm. 30. & Ferriere, dans son Dictionnaire de la Pratique, sous le mot, Femme séparée.*

A l'égard des Pais du Droit Écrit, il faut distinguer deux sortes de Biens qui appartiennent aux Femmes ; sçavoir, les Biens dotaux & les Biens paraphernaux. On y regarde comme Biens paraphernaux tous ceux, *qui sont extra dotem*, soit par

la réserve qu'elles en ont fait lors de leur Contrats de mariage , ou ceux qui leur sont venus du depuis par succession, ou autrement, qu'on appelle Biens éventifs.

Pour ce qui est des Biens dotaux, l'opinion commune, est que les Femmes pendant la vie de leurs Maris, soit qu'il y ait de séparation ou non, ne peuvent pas les obliger ni hypothéquer, même du consentement de leurs Maris, par la raison que les Maris étant les maîtres de la dot, dont les revenus sont destinés à l'entretien de la Famille, & à supporter les autres charges du mariage, les femmes ne peuvent pas leur porter préjudice en l'engageant & hypothéquant à des Créanciers qui pourroient la faire saisir, & par là les en priver, en fraude de la Loi; ainsi c'est l'intérêt des Maris qui rend cette aliénation nulle & sans effet.

Mais lorsque l'intérêt du Mari cesse, comme par exemple, lorsqu'il est décédé ou qu'il est séparé en Biens de sa Femme; on demande si l'obligation qu'elle aura contracté du vivant de son Mari ou pendant la durée de la séparation, peut être valable & exécutée sur les biens dotaux.

Suivant les Loix Romaines, les Femmes peuvent obliger & hypothéquer non-seulement les Biens dotaux, mais même

les paraphernaux , sans l'autorité ni le consentement de leurs Maris , pourvu que ce ne soit pas pour autrui. C'est ce qu'on trouve décidé dans *la Loi 8. & dernière, au Code de Pact. convent. & dans la Loi 17. ad Senatufc. Velleyan.*

Le Droit François a fait un changement considérable à ces Loix , en ce qu'il a admis une distinction entre les Biens dotaux & les Biens paraphernaux , décidant à l'égard des Biens dotaux , que l'obligation contractée par la Femme ne peut avoir son effet , qu'après la dissolution du mariage , parce que pendant le mariage , le Mari étant comme nous l'avons dit , le maître de la dot , l'obligation de la Femme est suspendue , & ne peut avoir son exécution , qu'après que l'intérêt du Mari a cessé par sa mort , & que par-là les Biens dotaux sont devenus libres sur la tête de la Femme.

Et à l'égard des Biens paraphernaux , comme la femme en a la libre administration , & qu'elle peut les aliéner , & en disposer à son gré , l'obligation qu'elle a contractée pendant la vie de son Mari , peut être exécutée en tout tems sur cette sorte de Biens.

Il y a néanmoins des cas où les Femmes qui n'ont d'autres Biens que leurs dots , peuvent valablement les obliger &

hypotéquer, pourvû que ce ne soit pas pour autrui, & que leurs obligations soient pour des causes justes & nécessaires; comme par exemple, si à l'absence de leurs Maris elles ont emprunté quelque somme d'argent pour leur nourriture & leur entretien, si elles ont été condamnées à des dommages & intérêts, ou à des amendes encourues pour raison de quelque crime ou délit par elles commis; si elles ont marié quelqu'un de leurs enfans, & qu'elles ayent obligé leurs Biens pour l'exécution de leurs obligations: & enfin, si elles ont vendu leurs Biens paraphernaux. Dans tous ces cas & autres semblables, leurs Biens dotaux sont valablement obligés pour l'exécution de tous ces Contrats, suivant *la décision de la Loi 21. ff. solut. matrim. & l'Arrêt rapporté par Papon, liv. 7. tit. 1. Arr. 19.* On peut encore voir là-dessus *Duperier, liv. 1. quest. 3.*

Quoique dans tous ces cas les obligations des Femmes soient valables, & qu'elles puissent hypothéquer leurs Biens dotaux, néanmoins, comme nous l'avons déjà observé, les Maris étant les maîtres des dots de leurs Femmes, & étant en droit d'en joair pendant leur vie, pour supporter les charges du mariage, elles ne peuvent avoir leur effet sur ces dots, qu'après la

mort des Maris. *Duperier, ibidem in fine.*

Il en est de même dans la Coutume de Toulouse, où le Mari gagne l'entière dot par le prédécès de sa femme, & où par conséquent l'hypotèque que la Femme auroit pû contracter sur ses Biens dotaux, ne peut avoir son effet qu'après le décès du Mari.

Nous avons dit que les Femmes ne peuvent pas s'obliger valablement pour autrui.

Il est néanmoins des cas où elles peuvent s'obliger & hypothéquer leurs Biens dotaux, sans espoir de restitution envers leurs obligations. Ces cas sont exprimés dans la *Loi 73. §. 1. ff. de jur. dot. & dans les Loix 20. & 21. ff. Solut. matrim.* Sçavoir pour tirer leur Mari, leur Pere, leur Mere, & leurs Enfans de prison ou de la captivité, ou pour leur fournir les alimens dans une extrême nécessité. *Ut in exitium, vel in insulam relegato parenti præstet alimenta, aut ut egentem virum, Fratrem, Sororemve sustineat, ut liberos ex alio Matrimonio alat, aut necessarios ex vinculis & latronibus redimat, quia honesta & justa causa est.*

Les Arrêts ont même jugé à l'égard du Mari, que la Femme pouvoit obliger sa dot pour le délivrer de la prison, sans

distinguer comme on faisoit autrefois , si le Mari étoit détenu pour dette ou pour crime , & sans distinguer encore si le Mari pouvoit être reçu ou non à la cession des Biens. Ces Arrêts ayant jugé qu'il suffisoit qu'un Mari fût détenu en prison pour quelque cause que ce fût , pour que la Femme *pietatis intuitu* put s'obliger & hypothéquer sa dot , à moins que le Mari ne fût d'une si vile condition , qu'il ne risquât pas de se deshonnorer par la cession des Biens. Les Auteurs décident dans ce cas , que l'obligation de la Femme n'est pas valable , si le Mari n'étoit détenu en prison que pour dettes ; & par conséquent il en seroit autrement s'il étoit détenu pour crime ; *Suivant Me. de Catellan , liv. 4. chap. 1. & Vedel sur cet Auteur.*

Sur quoi il faut observer , que pour que la Femme puisse obliger sa dot , elle doit demander en Justice , qu'il lui soit permis d'emprunter pour délivrer son Mari de la prison où il est détenu , & qu'elle obtienne un Jugement qui le lui permette , comme l'enseigne *Me. de Catellan , à l'endroit cit.*

Par le Droit Romain , il n'est pas permis aux Femmes pendant le mariage , de disposer de leurs dots en faveur de leurs enfans , comme on peut voir *dans la Loi 21. au Code de Donat.* Mais comme il

est du devoir des Peres & des Meres, de marier leurs enfans & de les doter, on a cru que ce cas étoit trop favorable pour l'excepter des causes qui permettent l'hypothèque ou l'aliénation de la dot; de sorte que les Arrêts ont jugé qu'une Femme pouvoit sans le contentement de son Mari, donner sa dot, en tout ou en partie à ses enfans, même hors du Contrat de mariage; mais ils ont jugé aussi, que la Donation devoit être expresse, du moins de la part de la Femme qui a des Biens paraphernaux, sans quoi on ne présume pas que les biens dotaux soient compris dans la Donation. *Voyez Me. de Castellan, liv. 4. ch. 4. & Vedel, ibidem.*

Sur quoi il faut observer, que ce que nous disons de la Donation des Biens dotaux en faveur des Enfans, ne peut pas avoir lieu dans la Coutume de Toulouse, où la dot appartient au Mari & aux Enfans nés du mariage, & où par conséquent la Femme ne peut pas en disposer en faveur de l'un d'eux au préjudice des autres, même du consentement de son Mari, comme il a été jugé par l'Arrêt rapporté par *Vedel à l'endroit cité.*

En sorte que pour que la Femme puisse disposer de sa dot dans cette Coutume pendant le mariage, il faudroit non-seulement le consentement du Mari, mais en-

core celui des Enfans, comme étant tous également intéressés à la conservation de la dot. Mais hors cette Coutume, comme nous l'avons dit, la Donation faite par une Femme à un de ses Enfans est valable, quoique faite sans le consentement de son Mari.

Enfin les derniers Arrêts qui ont été donnés dans cette matière, ont jugé, que la Donation de tous les Biens ou d'une partie, faite par la Femme en faveur d'un de ses enfans, comprenoit les Biens dotaux, aussi bien que les paraphernaux, quoiqu'ils n'y fussent pas nommément exprimés: ils sont rapportés par *Me. Serres dans ses Instit. du Droit François, Liv. 2. tit. 8. §. 1. & par Vedel, en l'endroit cité.*

De-là que la Femme ne peut donner sa dot qu'à ses Enfans, il s'ensuit, que la Donation qu'elle feroit en faveur de ses collatéraux ou des Etrangers, même avec le consentement de son Mari, seroit absolument nulle, quand même elle auroit réservé l'usufruit au Mari, & que par-là son intérêt seroit conservé. Les Arrêts ont même jugé que la Donation faite pour fondation d'obit, seroit pareillement nulle, parce que les dots des Femmes étant de leur nature inaliénables pendant le mariage, les femmes ne peuvent en dispo-

fer qu'en faveur de leurs propres Enfans, ni l'obliger & hypothéquer que pour les justes causes dont nous avons parlé, sur quoi on peut voir le *nouveau Albert, lettre D. chap. 37.*

Les Femmes peuvent donc disposer de leur dot en faveur de leurs Enfans; mais on demande, si une donation d'une somme d'argent faite conjointement & solidairement par la Femme & le Mari en faveur du mariage d'un de leurs Enfans, est solidaire contre la Femme pour la portion du Mari devenu insolvable; en sorte qu'elle soit tenuë dans ce cas de payer le tout.

Duperier au Liv. 4. quest. 22. qui traite cette question, la resout en faveur de la Femme; c'est-à-dire, qu'il décide que la Femme peut se faire restituer par l'exception du *Velleyen* envers cette Donation, pour la portion qui compète le Mari insolvable; lors même qu'elle a des biens paraphernaux, qui peuvent satisfaire à son obligation, & a plus forte raison lorsqu'elle doit être prise sur ses Biens dotaux: & la raison que donne cet Auteur de cette décision, est que les Femmes ne peuvent pas s'obliger ni cautionner valablement pour autrui, & que dans l'espèce proposée, la Donation solidaire du Mari & de la Femme, est une espèce de

cautionnement mutuel, qui les oblige l'un pour l'autre, & dont la Femme doit par conséquent être relevée par le Velleÿen.

Nous avons dit que la Femme peut aliéner & hypothéquer ses Biens dotaux pour des causes justes & nécessaires. Il faut dire aussi, que le Mari peut pour les memes causes, aliéner le fonds dotal, même sans le consentement de la Femme; ainsi par exemple, qu'un Mari emprunte une somme d'argent dans une extrême nécessité pour la subsistance de sa Famille, ou qu'il aliéne le fonds dotal pour d'autres causes justes & nécessaires. Cette alienation ou l'hypothèque à laquelle il l'aura soumis sera valable, quoique la Femme n'y ait pas consenti, pourvu qu'elle ait été faite d'autorité de Justice, en la forme que nous l'avons dit, à l'égard de la Femme qui veut obliger les Biens dotaux.

Il y a encore plusieurs cas où l'alienation du fonds dotal est permise durant le mariage; sçavoir 1°. lorsqu'il est vendu par le Mari & la Femme conjointement dans le Contrat de mariage où il a été constitué. 2°. Lorsque l'alienation en a été permise au Mari par le Contrat même de mariage, & qu'en conséquence il a été vendu, parce que tout ce qui est fait dans un Contrat de mariage par la Fiancée,

cée, est censé fait en pleine liberté, & ne donne aucune atteinte à la Loi, qui défend l'aliénation du fonds dotal, comme il a été jugé par les Arrêts rapportés par *Mr. de Catellan*, *Liv. 4. chap. 45. in fine.* Et par le vieux *Albert*, *lettre D. Article 7. in verbo Dot.*

3°. Cette aliénation est permise lorsque le fonds dotal a été baillé au Mari, estimé dans le Contrat de mariage à une certaine somme, parce qu'alors cette estimation est regardée comme une vente qui en est faite au Mari, qui l'en rend le propriétaire, & qui l'oblige seulement à en payer le prix, de sorte que dans ce cas il est le maître d'en disposer, soit à titre de Vente, de Donation ou autrement, à moins que malgré cette estimation, il n'ait été stipulé que la Femme auroit le choix de recevoir le prix, ou de reprendre le fonds; car dans ce cas le fonds est regardé comme dotal, par le choix qu'a la Femme de le rendre tel. *Voyez Mr. de Catellan*, *Liv. 4. Chap. 32.*

Mais dans le cas d'insolvabilité du Mari, le fonds, quoique baillé au Mari estimé, est considéré comme dotal, & peut être repris par la Femme comme tel, par la raison que si la Femme, dans ce cas ne pouvoit pas distraire son fonds de la masse générale des biens de son Mari,

elle risqueroit de perdre sa dot, sur-tout si le Mari n'avoit pas d'autres Biens que ce fonds, attendu que les fraix de Justice en absorberoient une bonne partie; de sorte que ce qui resteroit ne seroit pas suffisant pour le payement de la dot. *Catelan, ibidem, in fine.*

Sur quoi il faut remarquer, que suivant Mr. de Catellan, on donne aux Créanciers le choix de payer la dot à la Femme, & de retenir par ce moyen le fonds dans la distribution, & qu'on alloue par privilège sur tous les Biens du Mari pour cette dot, le Créancier qui l'a payée; mais on comprend que ce que nous disons, ne peut avoir lieu, que lorsque ce fonds vaut beaucoup plus que le prix auquel il a été estimé, & que les Créanciers peuvent espérer d'y trouver, si non le tout, du moins une bonne partie de leurs Créances.

4°. Le fonds dotal peut être vendu par decret, à la Requête des Créanciers du Pere & de la Mere de la Femme, à qui ce fonds a été constitué; parce que le Pere ou la Mere n'ayant pu bailler en dot à leur Fille un fonds affecté & hypothéqué à leurs Créanciers, il s'ensuit que cette fille ni son mari, ne peuvent pas s'opposer à la vente par decret de ce fonds, que le mari ne peut pas s'opposer à cette

vente, même pour les dettes que la femme a contractées avant son mariage.

Suivant la *Loi 78. §. 4. ff. de Jur. Dot.* lorsqu'un fonds commun & indivis avec plusieurs personnes a été constitué en dot, & qu'il n'est pas partageable, il peut être licité; de manière que si par la licitation, le fonds est adjugé à un autre qu'au mari, la dot ne consiste alors qu'au prix que le mari reçoit pour la portion que la femme avoit sur le fonds, c'est alors une aliénation nécessaire qui n'est pas prohibée par la Loi; mais si le fonds est adjugé au mari, la portion de ce fonds baillé en dot, reste dotal entre ses mains.

Hors de tous les cas que nous venons de remarquer, le fonds dotal est inaliénable, tant par le mari que par la femme; de sorte qu'ils ne peuvent pas l'un du consentement de l'autre l'aliéner ni hypothéquer. C'est la décision de Justinien dans ses *Institutes*, liv. 2. tit. 8. & dans la *Loi unique au Code de Rei uxoris action.* §. 15. Et le motif qu'en donne cet Empereur est, afin que les femmes ne soient point exposées par leur fragilité à perdre leurs dots. *Ne sexius muliebris fragilitas in perniciem substantiæ earum convertatur*, parce qu'en effet, s'il étoit libre au mari d'aliéner ou hypothéquer le fonds dotal, à son gré ou du consentement de

la femme dont il pourroit abuser, la femme se trouveroit le plus souvent sans dot, & reduite après la mort de son mari à la dernière indigence. Ce que Justinien fait très-bien entendre dans la Loi citée, lorsqu'il dit : *Fundum dotalem, non solum hypothecæ titulo dare, ne consentiente muliere maritus possit, sed nec alienare, ne fragilitate naturæ suæ in repentinam deducatur inopiam.*

Justinien défend non-seulement l'aliénation & l'hypotéque du fonds dotal; mais encore l'aliénation des biens sujets à la donation à cause de nœces, qui est ce qu'on appelle Douaire en País Coutumier, & Augment ou gain de survie en País du Droit écrit, & cela quand même la femme y consentiroit; à moins qu'il ne restât au mari des Biens suffisans pour remplir cette Donation à cause de nœces, comme il est porté par la *Novelle 61. Nisi apparuerit relictum aliud sufficiens ad ante nuptialis largitatis quantitatem, & à la fin du §. 3. de cette Novelle, Justinien ordonne la même chose à l'égard de la dot. Et multo potius hæc in dote valebunt.*

Ainsi il résulte de tout cela, que la prohibition d'aliéner le fonds dotal regarde non-seulement l'intérêt du mari; mais encore plus particulièrement l'intérêt de la femme, pour la conservation de sa dot,

parce que s'il étoit permis à la femme d'aliéner ou d'hypotéquer pendant le mariage, le fonds baillé au mari à titre de dot, elle pourroit le priver de l'usufruit qui lui en est acquis de droit pour supporter les charges du mariage; comme le mari en alienant le fonds dotal, pourroit aussi priver la femme de la propriété de ce fonds, & lui faire perdre sa dot.

De-là que les Loix dont nous venons de parler, ne défendent que l'aliénation du fonds dotal, il s'ensuit que le mari est le maître absolu des sommes dotales; de sorte qu'il peut les aliéner ou hypothéquer comme bon lui semble, sans le consentement de sa femme, parce que toutes les actions à raison de la dot, résident sur sa tête; mais la femme ne peut les céder ni aliéner, ni même en traiter par transaction sans le consentement de son mari, parce qu'elle n'a aucune de ces actions, & par conséquent, qu'elle ne peut pas agir à raison de ces sommes, comme il a été jugé par deux Arrêts du Parlement de Toulouse, l'un du 11 Août 1705. & l'autre du 17 Mars 1736. le tout conformément à la disposition de la *Loi 2. au Code de obligat. & action.*

Du reste, la prohibition d'aliéner le fonds dotal, comprend aussi celle de l'assujettir à des servitudes, ou de laisser per-

dre celles qui sont dûes à ce fonds, parce que tout ce qui tend à faire perdre ou diminuer le prix du fonds dotal, est une espèce d'aliénation qui tombe sous la prohibition de la Loi. *Justinianus scripsit, nequè servitutes fundo debitas, maritum posse amittere, neque alias imponere, Legge 5. ff. de fund. dotal*

Le fonds dotal étant comme nous venons de le dire, inaliénable pendant le mariage, il s'ensuit que lorsque ce fonds a été vendu, il peut être revendiqué d'entre les mains des Acquéreurs & Possesseurs; de sorte que si c'est la femme qui a fait l'aliénation, le mari seul peut pendant le mariage la faire déclarer nulle, comme faite au préjudice de la jouissance qu'il en doit avoir durant sa vie; & si c'est le mari qui l'a faite, il peut lui-même venir contre cette aliénation, sans être sujet à aucune garantie envers l'acheteur, quoiqu'il s'y soit soumis, dans le Contrat de vente, sur-tout si l'acheteur sçavoit que le fonds fût dotal; de sorte que pour punir la mauvaise foi de l'acheteur, on ne lui accorde dans ce cas aucuns dommages & intérêts, mais simplement la restitution du prix, comme il est décidé par la Loi 3. §. 4. *Cod. comm. de Legat.*

Il en seroit autrement si l'acheteur eût

ignoré le vice de son acquisition ; c'est-à-dire , qu'il eut ignoré qu'il fût dotal , il auroit dans ce cas non-seulement la restitution du prix ; mais encore des dommages & intérêts , quand meme il n'auroit stipulé aucune garantie , par la raison , que dans les Contrats qui sont passés de bonne foi , la garantie est dûe de droit par le Vendeur sans une stipulation expresse , suivant la disposition de la Loi 6. au Code de Eviçt. & de la Loi 16. ff. eod. titul. Sur quoi on peut voir *Duperier* , Liv. 1. quest. 9. *Mr. de Gatellan* , Liv. 5. ch. 7. & 4. & *Vedel* dans ses *Observations*.

Mais dans le cas que le mari & la femme ont vendu conjointement le fonds dotal , la femme ne peut pas pendant le mariage attaquer cette aliénation , parce que toutes les actions concernant la dot appartenant au mari , la femme a les mains liées , & ne peut exercer aucune action pour raison de ses biens dotaux , à moins qu'elle ne soit séparée en Biens de son mari d'autorité de Justice , parce qu'alors la femme reprenant ses actions , elle peut revendiquer le fonds dotal d'entre les mains des Acquéreurs & tiers Possesseurs , & faire revoquer les hypotèques , auxquelles le mari l'auroit assujetti pendant le mariage , sur quoi on peut voir *Godefroi* , sur la Loi 9. au Code de Rei vindicat.

Il est néanmoins plusieurs cas auxquels la femme ne peut pas revendiquer le fonds dotal, ni faire révoquer les hypothèques sur ce fonds, après la mort du mari; sçavoir, 1°. lorsque la femme est héritière de son mari, parce que dans ce cas la personne de l'héritier étant confondue avec celle du défunt, l'héritier ne peut pas faire ce que le défunt n'auroit pu faire lui-même, à moins qu'il ne repudie la succession, comme il est décidé dans la Loi 13. §. dernier, ff. de fund. dot.

2°. Si le mari a fait un Legs à sa femme, à condition de ne pas révoquer l'aliénation par lui faite du fonds dotal, & qu'elle l'ait accepté, c'est la disposition de la Loi 77. §. 5. ff. de Legat. 2.

3°. S'il est prouvé que le prix de la vente ait tourné au profit de la femme, de sorte qu'elle n'en souffre aucun préjudice; mais si elle n'en profite que d'une partie, elle peut demander le surplus, suivant l'autentique, *si qua mulier*, Cod. ad Verleyan, & la Nouvelle 134. chap. 8.

Le fonds dotal étant comme nous l'avons dit, inaliénable pendant le mariage, il s'ensuit, que celui qui l'a acheté, ou qui a acquis une hypothèque sur ce fonds, ne peut pas en prescrire la propriété ni l'hypothèque contre la femme, par la possession de trente années, parce que les fem-

mes ne pouvant pas agir pendant le mariage, la prescription ne peut pas courir contre elles, suivant *la maxime*, *Contra non valentem agere non currit præscriptio*, si ce n'est qu'elle eût commencé avant le mariage, auquel cas elle continue son cours pendant le mariage au profit des Acquéreurs, suivant *la Loi 16. ff. de fund. dotal.*

Sur quoi il faut observer, que cette prescription court non-seulement contre la femme; mais elle se continuë encore après sa mort contre ses enfans & autres Successeurs, quoiqu'ils soient Mineurs, & qu'ils soient sous la puissance paternelle, même au préjudice de l'usufruit acquis au Pere sur les biens dotaux pendant sa vie, parce que les Enfans ne sont pas plus favorables que leur Mere, & que puisque la prescription se continuë contre elle pendant le mariage, elle doit aussi continuer contre ses Enfans qui la représentent, quoiqu'ils ne puissent pas agir, leur Pere ayant pû agir pour eux & pour lui-même, comme il a été jugé par les Arrêts rapportés par Mr. de Catellan, *Liv. 7. chap. 15.* conformément à la disposition du Droit, en *la Loi 1. au Code de bon. matern.*

Il en est autrement suivant ce même Auteur, d'une somme dotale, laquelle

prescrit contre la femme pendant le mariage , quoiqu'elle n'ait pas commencé auparavant , parce que la Loi qui défend d'aliéner le fonds dotal , ne comprend pas l'aliénation ni la prescription d'une dette. Et à l'égard des Enfans qui ont succédé à leur Mere , & qui sont sous la puissance de leur Pere : Les Arrêts que rapporte Mr. de Catellan , à l'endroit cité , ont jugé que la prescription des sommes qui leur sont dûes , ne court point contre eux , soit qu'elle ait commencé contre la Mere ou contre le Pere qui est leur légitime administrateur , ou contre tout autre auquel ils aient succédé.

Cette Jurisprudence fondée sur le respect que les enfans doivent avoir pour leur Pere , & la confiance que cette qualité de Pere doit leur inspirer pour l'administration de leurs Biens , ce qui les empêche de veiller sur sa conduite , & d'agir pour leurs propres affaires.

Nous avons dit que les femmes mariées ne peuvent pas aliéner ni hypothéquer leurs Biens dotaux , même du consentement de leurs maris , à l'exception de certaines causes. Il en est sans doute autrement des Biens paraphernaux ; les femmes , comme nous l'avons déjà observé , en ayant la libre administration , elles peuvent en disposer & les hypothéquer

comme bon leur semble sans le consentement ni l'autorité de leurs maris.

Sur quoi il faut remarquer que quoique les femmes puissent s'obliger valablement à raison de cette espèce de Biens, elles ne peuvent pas néanmoins les engager ni les hypothéquer pour autrui, ni même pour leurs maris, si ce n'est dans les cas que nous avons remarqués pour les Biens dotaux, comme pour les délivrer de la prison ou de l'esclavage où ils sont détenus, ou pour en délivrer aussi leurs Enfants, lorsqu'ils sont détenus pour crime, & autres causes de cette espèce.

Cette Loi s'étend non-seulement aux femmes mariées, mais encore aux filles majeures & aux veuves, *suivant la Loi r. ff. ad Senatufc. Velleyen, & la Loi 8. au Code eodem titulo.* Ainsi les uns ni les autres ne peuvent pas s'obliger, ni par conséquent hypothéquer leurs Biens pour un tiers, ni même pour leur Pere, elles ne peuvent pas non plus interceder ou cautionner pour quelqu'un, ni s'obliger solidairement avec d'autres.

Ainsi qu'une femme ou fille s'oblige solidairement avec son pere ou avec quelqu'autre personne que ce soit, son obligation sera nulle pour la moitié qui la concerne, & elle pourra s'en faire relever par le bénéfice du Velleyen, parce que

la femme ne pouvant s'obliger que pour elle seule, la solidarité à laquelle elle s'est fournie, est regardée comme un cautionnement, du moins par la moitié de l'obligation qui concerne son Coobligé, & par conséquent elle en doit être relevée, suivant *la disposition de la Loi 17. ff. ad Velleyen*. Et comme il a été jugé par Arrêt du 21. Août 1731. rendu après partage en faveur de la Dame de Gudanes, pour raison de l'obligation solidaire qu'elle avoit contractée avec son pere, de laquelle elle fut relevée pour la moitié. *Voyez encore Dupertier, Liv. 4. quest. 22.*

Les femmes sont à cet égard si favorisées, que les Arrêts ont jugé que lorsqu'une mere, en même tems tutrice de ses enfans, cautionne ou hypoteque ses Biens pour eux; elle peut se faire relever de son obligation par le bénéfice du Velleyen, quand même elle l'auroit ratifiée par une nouvelle obligation, comme on peut voir par les Arrêts rapportés par *Mr. d'Olive, Liv. 4. chap. 13. & par M. de Catellan, Liv. 4. chap. 49.*

Les femmes peuvent encore s'aider du Velleyen, toutes les fois qu'elles sont induites à accepter des dettes contractées par leurs maris insolubles, parce que de telles cessions sont regardées, comme de cautionnemens indirecte : aussi elles en

sont relevées, quoique dans l'Acte de cession on ait inféré que la femme a pris cette cession en augmentation de ses hypothèques, pour peu qu'il paroisse du dol dans cette clause, elle n'a aucun effet.

Mais s'il paroît au contraire que cette clause est sérieuse, & que véritablement la femme ait pris cession d'un Créancier de la succession de son Mari, en augmentation de ses propres hypothèques, elle ne peut pas alors se prévaloir de la faveur du Velleyen, parce que ce bénéfice n'est accordé aux femmes, que lorsqu'elles se sont obligées pour autrui : or on ne peut pas dire que la femme qui acquiert des hypothèques en augmentation des siennes, s'oblige pour un fait étranger pour pouvoir s'aider de ce bénéfice, comme il a été jugé par un Arrêt rapporté par Grave-rol sur M. Larroche. *In verbo Velleyen.*

Il en est autrement des cas où la femme après avoir obtenu le bénéfice d'inventaire, s'en est départie en faveur de quelque Créancier particulier, parce qu'au moyen de cette renonciation, elle s'est rendue héritière pure & simple, & s'est par conséquent obligée à acquitter en son propre les charges de l'hérédité ; ce qui est le cas du Velleyen, à moins qu'elle ne l'eût fait pour quelque cause légitime ; comme par exemple, pour terminer

un procès, ou pour acquérir l'hypothèque & le droit d'un Créancier, ou pour quelque autre cause qui ait tourné à son profit, parce que dans ce cas, cette renonciation ne lui porteroit aucun préjudice : sur quoi on peut voir *Duperier, Liv. 4. quest. 22.*

Les femmes disons - nous, peuvent se servir du Velleïen, toutes les fois qu'elles se sont obligées pour autrui. Il est néanmoins des cas où elles ne peuvent pas s'en servir ; sçavoir, 1^o. lorsqu'elles y ont renoncé exprès dans l'Acte d'obligation ou en Jugement, suivant *la Loi dernière, §. 4. ff. ad Senatusc. Velleïan,* & *la Loi 21. au Code du même titre.* Il en est de même des Fils de Famille, qui peuvent renoncer au bénéfice du Macedonien, suivant Godefroy, dans ses notes, sur la *Loi 11. ff. ad Senatusc. Macedonianum.*

Mais ces Loix ne sont point suivies dans les Pays du Droit Ecrit, & sur-tout au Parlement de Toulouse, où la femme ne peut pas reconcer valablement au Velleïen, & où par conséquent elle est toujours relevée de son obligation, quelque renonciation qu'elle ait fait dans l'Acte, d'obligation, comme l'enseigne *M. de Catellan, Liv. 4. chap. 1. page. 5.*

Il en est de même des Fils de Famille qui ne peuvent pas renoncer valablement

au bénéfice du Macedonien, même dans les Pays Coutumiers ; car quoiqu'on y permette à la femme de renoncer au Velleyen, on ne permet pas néanmoins aux Fils de Famille de renoncer au Macedonien ; parce qu'il y a en effet une différence remarquable entre ces deux Loix, en ce que le Velleyen ayant été établi en faveur des femmes, pour les décharger des obligations qu'elles ont contracté pour autrui, il leur est permis d'y renoncer, au lieu que le Macedonien ayant été fait en haine des Usuriers qui prêtent de l'argent aux Enfans de Famille, pour fournir à leurs débauches, il ne leur est pas permis d'y renoncer, parce qu'autrement ce seroit leur laisser la liberté de contrevenir à la Loi par des rénociations qu'on ne manqueroit pas de leur faire faire toutes les fois qu'ils emprunteroient pour frauder la Loi ; sur quoi on peut voir *Ferriere dans son Dictionnaire de la pratique, sous le mot rénociation, au Velleyen.*

2°. Le Velleyen n'a pas lieu, lorsque la femme s'est obligée ou a servi de caution, dans le dessein de tromper le Créancier ; comme par exemple, lorsque par son cautionnement, elle l'a induit à prêter à une personne qu'elle connoissoit insolvable, ou dont l'obligation est nulle par incapacité de contracter. Dans ces cas, les Loix

téfusent à la femme le secours du Velleyen, par la raison qu'en donne le Jurisconsulte, en la *Loi 2. §. 3. ff. ad Velleyan, mulieribus deceptis non deceptientibus subvenitur.*

3°. Lorsqu'elle s'est obligée pour un autre, & que néanmoins toute l'utilité de l'obligation le regarde en particulier & tourne à son profit, suivant la *Loi 13. ff. ad Velleyan.*

4°. Lorsqu'elle s'est obligée, *pietatis causa*, comme nous l'avons déjà dit, pour délivrer son Mari ou ses Enfans de la prison ou de la captivité où ils étoient détenus, comme le décident les Loix pénultièmes & dernière du *Code ad Velleyan.* C'est aussi sur ces principes, que le Président *Faber en son Code, Liv. 4. tit. II. definit. 8.* dit que la femme ne peut pas s'aider du Velleyen, lorsqu'elle a cautionné pour son Mari, empruntant de l'argent pour leur utilité commune, & celle de leurs Enfans. *Ad se ipsam communefque liberos exhibendos*, ne pouvant pas alors se plaindre de s'être obligée pour les pressans besoins de la Famille. Sur quoi on peut encore voir *M. de Catellan, Liv. 5. chap. 16. & Vedel sur cet Auteur*

5°. La femme qui renonce à son hypothèque en faveur d'un autre, n'est pas re-

levée par le Velleyen, parce que le bénéfice de cette Loi ne lui est accordé que pour les obligations qu'elle a contracté pour autrui, & non pour les renonciations qu'elle fait, comme il est décidé *dans la Loi 21. au Code ad Velleyen.* Mais si dans le même Contrat où elle a renoncé, elle s'oblige en même tems pour un autre, elle sera relevée de son obligation, & tout l'Acte fera emporté, suivant l'Arrêt rapporté par *M. de Catellan à l'endroit cité, ch. 17.* par la raison que les Contrats ne pouvant être divisés, ils ne peuvent pas être entretenus pour une partie & être annullés pour l'autre; il faut nécessairement, *aut totum agnoscere, aut à toto recedere,* comme le dit le Jurisconsulte, en la *Loi 16. ff. de administrat. tutor.*

6°. Si la femme emprunte de l'argent conjointement & solidairement avec quelqu'un pour employer à leur usage commun, comme par exemple, pour bâtir ou réparer quelque Edifice qui soit commun entre eux, dans tous ces cas & autres semblables, l'obligation ne portant aucun préjudice à la femme; mais au contraire, tournant à son avantage, elle peut être poursuivie, pour le tout solidairement, sans pouvoir se servir du bénéfice de la *Loi, Leg. 17. §. 2. ff. ad Velleyen.*

7°. Lorsqu'une femme a payé pour un autre, elle ne peut pas se faire restituer envers ce paiement fait, ni répéter du Créancier ce qu'elle lui a payé, ni même de celui au profit de qui le paiement a été fait. S'il paroît qu'elle ait eu intention de le lui donner, *suivant la Loi 4. §. u. i. ff. ad Velleyan.* Car quoique les femmes ne puissent pas s'obliger pour autrui, elles peuvent néanmoins payer ce qui est dû par un Tiers, sans tomber dans le cas du Velleyen, & c'est ce que le Jurisconsulte décide formellement *dans la loi 1. au Code ad Velleyan, Mulieribus quidem quæ alienam obligationem suscipiunt vel in se transferunt, Senatusconsulto subvenitur; sed si pro aliis cum obligatione non essent, pecuniam exaluerint, intercessione cessante, repetitio nulla est.*

Mais si ce paiement a été fait par la femme, en conséquence d'un Cautionnement ou d'une obligation précédente à laquelle elle se fût soumise, *la Loi 9: du titre cité*, décide qu'elle peut dans ce cas s'aider du Velleyen. *Quamvis mulier pro alio solvere possit, tamen si pendente obligatione quam Senatusconsultum de intercessionibus efficacem esse non sinit, solutionem fecerit ejus Senatusconsulti beneficio munitam se ignorans, locum habet repetitio.*

Enfin, il faut observer que le Velleyen est en usage dans tous les Parlemens du Droit Ecrit, non-obstant l'Edit de 1606. dont nous avons déjà parlé, qui a permis aux femmes & aux filles de s'obliger pour autrui, & qui n'est observé que dans les Pays Coutumiers. Cette Loi est encore observée dans la Ville & Gardiage de Toulouse, suivant *M. de Catellan, Liv. 4. chap. 49.* malgré la Coutume de cette Ville, qui porte qu'elle n'y a pas lieu.

Justinien, dans la Loi 22. au Code ad *Senatusconsultum. Velleyen*, déclare les Obligations des femmes valables, quand elles les réiterent après deux ans. *Sin autem post biennium hæc fecerit, sibi imputet, si quod sæpius cogitare poterat, & evitare non fecit, sed ultrò firmavit*, mais par la Nouvelle 134. chap. 8. d'où a été prise l'autentique, *si qua mulier au Code ad Velleyen*. il excepte les obligations contractées par les femmes pour leurs Maris, qui ne sont point valables, quoique plusieurs fois réitérées après deux ans. *Sz qua mulier crediti instrumento consentiat proprio virò, aut scribat & propriam substantiam aut se ipsam obligatam faciat, jubemus hoc nullatenus valere.*

C'est sans doute sur ces principes que fut rendu l'Arret de l'année 1729. rapporte par *Vedel sur M. de Catellan, Liv.*

5. chap. 17. par lequel une femme, qui s'étoit obligée solidairement avec son Mari à payer une somme de 1250 liv. fut relevée de son obligation par le bénéfice du Velleyen ; quoiqu'elle l'eût ratifiée deux années après sa date, par une seconde qu'elle avoit consentie en faveur du Créancier ; mais hors du cas de l'obligation solidaire de la femme avec son Mari, la femme qui s'est obligée pour un autre ne peut pas, suivant les Loix citées, se faire relever par le Velleyen de son obligation, dès-qu'elle en ratifie après deux années de sa date par une seconde, sans distinguer si la ratification a été faite pendant la vie, ou après la mort de son Mari. Le motif des Loix citées, est celui-là, que les femmes ne puissent s'obliger valablement pour leurs Maris, quelque ratification qu'elles fassent en suite de leurs obligations, à cause de l'ascendant & de l'autorité que leurs Maris ont sur leur esprit, ce qu'on ne peut pas présumer quand elles s'obligent pour un étranger, lorsqu'après un espace de deux ans & une meure réflexion, elles ratifient & renouvellent leurs obligations, sur quoi on peut voir *M. d'Hericourt*, à l'endroit déjà cité, page 214.

Du reste, le Senatusconsulte Velleyen est une Loi personnelle, puisqu'elle ne

regarde que l'incapacité de la femme, de s'obliger pour autrui, & par conséquent c'est le domicile de la femme & non la situation des biens obligés, qui doit servir de règle pour sçavoir si le Velleyen a lieu; ainsi une femme ou fille domiciliée à Paris ou dans une autre Ville, où le Velleyen n'est pas observé, peut en s'obligeant pour un tiers, affecter & hypothéquer les Biens qu'elle possède dans le ressort du Parlement de Toulouse ou autre où le Velleyen n'est pas observé, sans renoncer au bénéfice de cette Loi, & sans qu'elle soit obligée de ratifier son obligation après les deux années; mais une femme ou fille domiciliée à Toulouse, ne peut pas en s'obligeant, affecter & hypothéquer les Biens qu'elle possède dans Paris, parce que le Velleyen étant observé à Toulouse, l'obligation des femmes est nulle à l'égard même des Biens qui sont situés dans un Pays où il n'est pas observé. *D'Hericourt, ibidem, page 215.*

Suivant les Loix Romaines, les Contrats passés par les femmes en fraude du Velleyen, étoient nuls de plein droit, & on pouvoit les faire casser par voye de nullité; comme on peut voir par *la Loi 2. §. 4. ff. ad Velley.* mais comme les voyes de nullité n'ont pas lieu en France, on juge dans la plupart des Parlemens

du Droit Ecrit , que les femmes ont besoin pour se faire relever de leurs obligations par le Ve leyen, d'impêtrer des Lettres dans les dix ans fixés par les Ordonnances Royaux , pour les actions rescisoires, & non-seulement de prendre ces Lettres, mais encore de les faire signifier, & en conséquence de faire donner l'Assignation avant que les dix années soient expirées, parce que la seule impétration des Lettres ne suspend pas le cours de la prescription, & qu'il n'y a que l'exercice de l'action en vertu de ces Lettres , qui puisse produire cet effet ; comme il a été jugé par l'Arrêt rapporté par Graverol sur M. Laroche, Liv. 3. tit. 8. sous le mot Rescision.

A l'égard du tems auquel cette restitution doit être demandée , les Arrêts rapportés par M. de Catellan , au Liv. 5. ch. 17. ont jugé , que les dix ans se comptent du jour du Contrat ; mais il en est autrement au Parlement de Bordeaux , où le tems de la restitution ne court que du jour de la dissolution du mariage ; lorsque la femme s'est obligée pour son Mari , suivant l'Auteur des nouvelles Notes , sur Lapeyrere , lettre F. nombr. 22. & le Président Faber , Liv. 7. tit. 13. definit. 6.

Ces différentes Jurisprudences peuvent être conciliées aisément par les circonstances & la qualité des Biens des femmes.

Car si la femme qui a contracté pour son Mari, n'a que des Biens dotaux, il est évident qu'elle n'a aucune action, à raison de ces Biens, puisque le Mari en est le maître, au moyen de la Constitution qui lui en a été faite dans son Contrat de mariage, & par conséquent que les dix ans ne doivent courir contre elle, que du jour de la mort du Mari, parce que c'est de ce jour-là seulement qu'elle rentre dans tous ses droits & qu'elle peut agir.

Mais si la femme, outre les Biens dotaux, a encore des Biens paraphernaux, comme elle a la libre administration de cette dernière espèce des biens, il est naturel que les dix ans courent contre elle, à compter du jour du Contrat, parce qu'elle a pu agir librement, sans avoir besoin de l'autorité de son Mari, & que c'est sa faute d'avoir négligé l'exercice de ses actions, dans un tems qu'il n'y avoit aucun obstacle qui s'y opposât.

Il faut de plus observer que lorsque la femme ne veut pas se servir du Velleyen, ses Créanciers ne peuvent pas s'en servir malgré elle; car quoique régulièrement les Créanciers soient reçus à exercer les actions de leur Débiteur; ils ne peuvent pas néanmoins exercer les actions rescissoires qui vont *contra fidem præstitam*, du nombre desquelles est le bénéfice du

Velleyen, qui a été établi en faveur de la femme seule.

Il en est de même des Héritiers de la femme, si elle a témoigné ne vouloir point se servir du Velleyen, ou qu'elle n'ait point impetré de son vivant des Lettres en rescision envers les Contrats qu'elle a passés. Ses Héritiers ne peuvent pas non plus y avoir recours, comme il a été jugé par les Arrêts rapportés par *M. de Catellan*, *Liv. 4. chap. 49.* par la raison que ce bénéfice est personnel à la femme, & que les privilèges personnels ne se transmettent point aux héritiers, si le privilège ne s'en est point servi pendant sa vie.

Ce que nous disons du Velleyen, doit s'appliquer aussi au Macedonien, c'est-à-dire, que l'action en rescision en est aussi personnelle aux Enfants de Famille qui ont emprunté ou contracté en fraude de cette Loi, & par conséquent qu'ils ne transmettent point leur privilège à leurs Héritiers, s'ils ne s'en sont point servis pendant leur vie, ou s'ils ont témoigné au contraire ne vouloir point s'en servir. *Voyez d'Hericourt à l'endroit cité, page 215.*

Enfin, quoique les exceptions peremptoires doivent être proposées pendant procès, *In quacumque partè litis*; mais avant la Sentence ou Jugement de condamnation, & non après, néanmoins les femmes

mes peuvent après qu'elles ont été condamnées à payer, se faire décharger de leurs engagements par le secours du Velleyen. *Tamen si non opposita exceptione condemnati sunt, utentur Senatusconsulti exceptione.* Telle est la disposition de la Loi II. ff. de Senatusconsulto Macedoniano, ou ce Jurisconsulte ajoute, que ce qui est établi pour le Macedonien, est étendu au Velleyen accordé aux femmes: & *ita Julianus scribit in ipso Filio-Familias, exemplo mulieris intercedentis.* Godefroi dans ses Notes sur cette Loi, décide pareillement, que l'exception du Macedonien & du Velleyen, peuvent être opposées, même après la Sentence de condamnation. *Macedoniani ut & Velleyani exceptio, etiam post Sententiam obijci potest, quia utraque exceptio peremptoria est.*



CHAPITRE V.

QUELS sont les effets de l'hypotèque , tant sur les Meubles , que sur les Immeubles.

L HYPOTÈQUE en général , produit plusieurs effets ; sçavoir le premier , qu'il donne au Créancier hypotécaire le droit de faire saisir & vendre par decret les immeubles de son Débiteur , au cas il soit en demeure de payer ce qu'il lui doit ; soit que ces immeubles se trouvent en la possession du Débiteur , ou qu'ils soient en la possession du Créancier ou d'un tiers-acquereur ou possesseur ; ce qu'un Créancier chirographaire ou cedulaire ne peut point pratiquer , parce que son titre ne lui donne aucune hypotèque sur les Biens de son Débiteur , qu'il ne l'ait rendu public en la maniere que nous l'avons dit ailleurs.

Ce premier effet de l'hypotèque consiste encore au pouvoir qu'a le Créancier de faire saisir & vendre , non seulement les immeubles de son Débiteur , mais encore les meubles & effets mobilières , pour-

vû toutesfois , comme nous l'avons observé ailleurs , que ces meubles soient au pouvoir & entre les mains du Debitur ; car s'ils ont été déplacés , ils ne peuvent pas alors être suivis par hypothèque.

Ainsi un Créancier hypothécaire , qui veut être payé , peut faire vendre les meubles & les immeubles de son Debitur d'autorité de Justice ; à moins que pour éviter les frais d'un décret , il ne soit convenu entr'eux qu'ils seront vendus de gré à gré , auquel cas , le Débiteur peut les vendre au Créancier même , ou à un tiers , à la charge d'acquitter la dette , *comme il est décidé par les Loix 9. & 14. Cod. de distract. pignor , & par la Loi 4. ff. de pignor action.*

A l'égard des meubles donnés en gage , & qui sont au pouvoir du Créancier pour la sûreté de sa dette , ils peuvent aussi être vendus de gré-à-gré du consentement du Debitur & du Créancier , pour éviter les frais de Justice ; mais si le Debitur refuse de consentir à la vente , le Créancier peut obtenir la permission du Juge , pour le faire vendre de son autorité en la forme ordinaire.

Le second effet que produit l'hypothèque consiste , en ce que le Créancier peut poursuivre l'immeuble hypothéqué en quelques mains qu'il ait passé , soit à titre d'en-

gagement de vente, de donation ou autrement; pouvant dans tous ces cas agir hypothécairement contre les possesseurs qui ont acquis depuis son hypothèque, parce comme le dit ce *Jurisconsulte*, en la *Loi 18. § 2. ff de pignorat. action*; *Si fundus pignoratus venierit manere causam pignoris, quia cum suâ causâ fundus transeat.* A moins que les tiers possesseurs n'aient prescrit l'action hypothécaire par la jouissance de dix ans entre-presens, & de vingt ans entre-absens, requise à l'égard du possesseur de bonne foi. Car dans ces cas les possesseurs seroient déchargés de l'hypothèque.

C'est pourquoi un Créancier, qui voit que son Débiteur vend ses Biens, prend ordinairement la précaution d'assigner l'acquéreur en déclaration d'hypothèque; sur quoi il intervient un Jugement qui déclare les Biens vendus, affectés & hypothéqués à ce Créancier, & qui par-là lui conserve ses droits.

Le troisième effet de l'hypothèque, est de donner la préférence entre plusieurs Créanciers à celui qui a contracté le premier avec le Débiteur; de sorte que celui qui est le premier en date, est préféré aux autres; suivant cette maxime du Droit Romain. *Qui prior est tempore, potior est in jure.*

Il faut observer que cette priorité d'hypothèque se prend non seulement du jour du Contrat, mais même du tems auquel il a été passé, comme si l'un avoit été passé le matin, & l'autre l'après midi du même jour; la préférence seroit donnée à celui qui auroit été passé le matin.

Il en seroit de même, dans le cas que l'heure seroit marquée dans le Contrat, comme si l'un avoit été passé à huit heures du matin, & l'autre à neuf, le premier auroit la préférence sur l'autre; de sorte qu'il faut compter la priorité de l'hypothèque *de momento ad momentum*, dès que l'Acte en porte lui-même la preuve.

Mais il en seroit autrement, si de deux Actes l'un avoit été passé à une heure fixe, comme par exemple à huit heures du matin, & que l'autre eût été passé le même matin, sans que l'heure y fût exprimée, comme dans ce cas ces deux Actes se trouveroient passés le même jour & le même matin, l'heure mise dans l'un, ne détermineroit pas la priorité de l'autre où l'heure ne seroit point couchée, parce que ce dernier ne portant point son heure, pourroit être antérieur à l'autre; ainsi dans ce cas, on ne donne aucune préférence à l'un sur l'autre, & les deux Créanciers ont une hypothèque égale, & viennent sur

les Biens hypothéqués par contribution au fol la livre.

Il en seroit de même du cas, où de deux Actes, l'un auroit été passé le matin sans exprimer l'heure, & l'autre le même jour sans exprimer que ce soit le matin ou l'après midi; dans ce cas, il ne pourroit non plus y avoir aucune préférence pour l'hypothèque, attendu que les deux Actes ayant été passés le même jour, sans qu'il paroisse quel de deux a été passé le premier, ils auroient une égale faveur, à moins qu'il n'y eût une preuve légale, comme l'Acte qui a été passé le matin, est antérieur à l'autre; *Sur quoi on peut voir Me. d'Hericourt, Chap. 11. sect. 2. nomb. 37. pages 244.*

L'effet de l'hypothèque est non-seulement celui de donner la préférence au Créancier premier en date, mais encore celui de lui donner le droit de suivre le fonds qui lui est hypothéqué entre les mains des tiers-acquereurs, & d'en dépouiller ceux qui en sont en possession. *Si prior convenerit de pignore, licet posteriori res tradatur, adhuc potiore esse priorem, Leg. 12. in fine ff. qui potior in pignor. habeant.*

Ce que nous disons des Créanciers hypothécaires doit s'appliquer aux Créanciers privilégiés; c'est-à-dire, à ceux qui par

un privilege particulier, provenant de la nature de leurs hypotéques, ont le droit de les exercer sur les Biens de leurs Debitteurs, par préférence aux Créanciers hypotécaires; la priorité desquels se regle entr'eux de la meme maniere que nous l'avons dit pour les Créanciers hypotécaires.

Il y a néanmoins une différence remarquable entre les Créanciers privilégiés, & les Créanciers hypotécaires; en ce que les premiers, en vertu du privilege qu'ils ont sur les Biens qui leur sont hypotéqués, peuvent demander d'être payés de ce qui leur est dû, par préférence à tous Créanciers, sur le prix provenant de la vente séparée desdits Biens, au lieu que les Créanciers hypotécaires ne peuvent qu'exercer leurs hypotéques, généralement sur tous les Biens de leur débiteur, & recevoir leur paiement, qu'après que les Créanciers privilégiés ont été payés, le tout en la maniere que nous l'avons expliqué plus au long dans notre Traité.

Enfin, le quatrième & dernier effet de l'hypotéque, consiste à donner au Créancier une sûreté, non-seulement pour le principal de ce qui lui est dû, mais encore pour tout ce qui en est l'accessoire, & qui peut l'augmenter, comme sont les intérêts qui en sont dus, les dommages & in-

térêts qu'il peut obtenir contre le Débiteur, les fraix de Justice, au cas les Biens hypothéqués soient vendus par décret; les défenses faites pour la conservation des Biens, & autres semblables, pour lesquels le Créancier a la même hypothèque, que pour le principal de la dette; ce qui a lieu, soit que le Créancier ait une hypothèque générale ou spéciale. *Cum pignus ex pactione venire potest, non solum ob sortem, sed ob cætera quoque, veluti usuras, & quæ in id impensa sunt, Lege 8. § ultimo, ff. de pignor. action.*

Tous ces effets de l'hypothèque dont nous venons de parler, sont inutiles au Créancier qui a d'autres Créanciers avant lui, & dont leurs créances absorbent la valeur des Biens hypothéqués. Mais il peut s'assurer l'effet de son hypothèque, en payant aux Créanciers antérieurs ce qui leur est dû, ou en le leur consignait, au cas ils refussent de le recevoir; *Comme il est décidé par la Loi 1. & 5. au Code qui potior in pignor.*

L'hypothèque produit encore cet effet, que quoique le terme du paiement ne soit pas échû, le Créancier peut exercer son hypothèque pour la sûreté de sa dette, en formant son opposition à la saisie & à la vente, soit du meuble ou de l'immeuble hypothéqué pour la conservation de ses

droits , en la forme que nous l'avons expliqué dans notre Traité.

Il en est de même du Créancier sous condition , lequel peut aussi faire valoir ses hypotèques , même avant que la condition soit arrivée , soit en prevenant les aliénations frauduleuses qui pourroient être faites des Biens hypotéqués , soit en s'opposant aux saisies , & en interrompant une prescription contre un tiers-acquereur ou détempteur d'iceux ; mais après que la condition est arrivée , il peut exercer son hypotèque , même au préjudice des Créanciers qui ont contracté avec le débiteur , depuis la condition imposée , & avant son événement , parce que dans les conventions conditionnelles , l'événement de la condition donne un effet retroactif à l'obligation , & fait remonter l'hypotèque au jour du Contrat qui établit la créance. *C'est la disposition de la Loi 13. § 5. ff. de pignor. & hypot.*

L'hypotèque produit aussi cet effet , que lorsque plusieurs choses ont été hypotéquées pour une somme , soit par une affectation spéciale ou générale , le Créancier a le choix d'exercer son hypotèque sur celle qu'il veut , soit meuble ou immeuble , & peut la faire saisir & vendre en particulier , quoique tous les Biens de son débiteur lui soient affectés & hypotéqués ,

comme il est décidé dans la *Loi 15. § 2. ff. de re judic.*

Lorsque le fonds hypothéqué est baillé en paiement au Créancier, & qu'ensuite un autre Créancier vient à l'évincer, ou si ce Créancier, après avoir été alloué dans un ordre de distribution, est obligé de rapporter les deniers qu'il a reçus en conséquence de son allocation, dans l'un & dans l'autre cas, la créance qui étoit éteinte par le paiement qui en avoit été fait, revit; parce qu'une dette ne peut pas être éteinte, que sous la condition que le paiement fait en fonds ou en argent, aura son effet. *Suas conditiones habeat hypothecaria actio; id est, si soluta est pecunia, aut satisfactum est. Leg. 13. § 4. ff. de pignor.*

L'hypothèque produit enfin cet effet, que lorsque le prix provenant de la vente de l'immeuble hypothéqué, ne suffit pas pour payer le principal & les intérêts, il faut commencer par prendre les intérêts qui sont dûs, & ensuite le restant s'il y en a, à compte du principal. *Quidquid ex venditione pignorum, primum usuris quas jam tunc deberi constat, deinde si quid superest, sorti accepto ferendum est. Leg. 35. ff. de pignor. actio.*

A l'égard des meubles qui ont été baillés en gage au Créancier, pour la sûreté de la somme empruntée, l'effet de l'hypo-

réque est celui-là : que s'il a été convenu entre le Créancier & le débiteur, que faute de paiement, le gage ne pourroit être vendu que du consentement du Débiteur, ou après un certain tems, au premier cas, le Débiteur ne voulant pas consentir à la vente, le Créancier peut la faire ordonner en Justice ; & au second, le gage ne peut être vendu qu'après le terme échu.

Mais quoique le gage soit donné pour être vendu, faute de paiement de la dette, le Créancier ne peut pas néanmoins stipuler que s'il n'est pas payé au terme échu, le gage lui demeurera acquis pour son paiement, parce qu'une telle convention pourroit être nuisible au Créancier & au débiteur : Au Créancier, en ce que la chose engagée peut valoir moins que la dette, & au Débiteur, en ce qu'elle peut valoir beaucoup plus que l'argent qu'il a reçu, & que par-là le Créancier pourroit en retirer un avantage trop considérable, au dommage du Débiteur.

Ainsi, comme le gage n'est donné au Créancier que pour la sûreté de sa dette, il n'est pas juste qu'il profite sur son Débiteur, de ce que le gage vaut de plus, mais ils peuvent convenir entr'eux, que si le Débiteur ne retire le gage dans un certain tems, il demeurera vendu au Créancier, pour le prix dont ils peuvent convenir,

pourveu que l'estimation soit faite à un prix raisonnable , en laissant néanmoins la liberté au débiteur , de laisser le gage au prix convenu , en payant le surplus , s'il ne suffit pas , ou de le faire vendre aux enchères , ou bien encore de le retirer , en payant la dette , comme il est décidé par la Loi 15. § dernier , ff. de pignor. & hypothec.

Il y a une autre maniere d'acquérir l'hypothèque , ou plutôt de la faire passer d'une personne à l'autre , ce qu'on appelle Subrogation , & qui va faire la matiere du Chapitre suivant.



CHAPITRE VI.

DE la Subrogation à l'hypothèque des Créanciers, & comment elle se fait.

LA Subrogation en matière d'hypothèque, est définie par le Droit Romain, une succession ou substitution d'un Créancier à la place d'un autre, ou une cession d'actions. *In locum priorum Creditorum, Successio, Substitutio, Cessio actionum, & beneficium cedendarum actionum.* Comme on peut voir dans les Loix du Code & du Digeste, Titres de his qui in priorum locum succedunt, & qui potior. in pignori habeant.

La Subrogation à l'hypothèque, est donc un changement, par lequel un Créancier d'un Débiteur, & même un étranger, prend la place d'un Créancier hypothécaire, & succède à son hypothèque, à l'effet d'exercer sur son Débiteur, les mêmes droits & actions qu'il auroit pû exercer lui-même.

Mais comme cette subrogation se fait de plusieurs manières, & avec différentes personnes, il convient, pour connoître

l'étenduë de cette matiere , de considérer ,
 1°. Quelles sont les personnes qui peuvent
 subroger. 2°. Quelles sont celles qui peu-
 vent être subrogées. 3°. De quelle manie-
 re se fait cette subrogation.

En premier lieu , les personnes qui peu-
 vent subroger , sont , 1°. Celles qui re-
 çoivent le paiement de ce qui leur est dû ,
 des mains d'un tiers. Ainsi un Créancier
 qui reçoit son paiement , peut dans la
 quittance qu'il fait , consentir que celui
 qui le paye , soit subrogé à ses droits &
 hypothèques qu'il a sur son Débiteur ,
 quand même celui qui paye , seroit un é-
 tranger.

2°. Le Débiteur peut aussi , en recevant
 les deniers des mains d'un tiers , à titre de
 prêt pour payer quelque dette , consen-
 tir expressement que ce tiers entre en sa
 place , & succède à l'hypothèque des Créan-
 ciers qu'il paye.

3°. Le Juge peut , sur le refus du Créan-
 cier ou du Débiteur de consentir à la sub-
 rogation en faveur de celui qui la deman-
 de , l'ordonner de son autorité ; & cette
 subrogation produit le même effet , que si
 elle avoit été consentie par les Parties mê-
 mes dans un Contrat.

En second lieu , les personnes qui peu-
 vent être subrogées , sont de trois espèces ;
 sçavoir , 1°. Ceux qui étant déjà Créan-

ciers d'un Débiteur, payent les Créanciers qui ont une hypothèque antérieure à la leur; ceux-ci, au moyen de ce paiement, succèdent de plein droit & sans subrogation expresse, aux droits & hypothèques des Créanciers qu'ils ont payé, comme il est décidé dans la Loi dernière, *au Code de his qui in prior. loc. succed.*

2°. Ceux qui n'étant point Créanciers d'un Débiteur payent son Créancier de leurs propres deniers, ceux-ci étant étrangers; c'est-à-dire, n'ayant aucun droit sur la chose hypothéquée, ne succèdent point de plein droit aux droits du Créancier qu'ils payent, sans une convention & stipulation expresse, *suivant la Loi 1. Cod. de his qui in prior. loc. succed.*

3°. Ceux qui prêtent leur argent pour payer un Créancier, pourvu que la subrogation ait été stipulée & consentie par le Débiteur ou par le Créancier qui a reçu son paiement, & qu'il soit dit dans la quittance, que les deniers empruntés, ont été employés au paiement de ce Créancier; sans quoi, s'il ne paroît pas d'où proviennent les deniers qui ont servi à l'acquit de la dette, cette dette seroit bien éteinte au profit du Débiteur; mais ceux qui les auroient prêtés, ne pourroient prétendre aucune subrogation, comme le décident les Interpretes du Droit,

sur la Loi 1. du Titre déjà cité.

La Subrogation est de trois espèces; sçavoir, l'une légale, l'autre conventionnelle, & l'autre réelle.

La subrogation légale, est celle qui est faite par le seul bénéfice de la Loi, comme par exemple, lorsque celui qui est déjà Créancier d'un Débiteur, paye les Créanciers antérieurs, pour acquérir leurs hypothèques, & par là conserver & augmenter les siennes. Desorte que par le payement qu'il fait, il succede à tous les droits & hypothèques des Créanciers qu'il paye, sans qu'il soit besoin de subrogation de la part du Débiteur, ni des Créanciers, parce qu'elle est de droit, & qu'elle se fait d'elle-même en vertu de la Loi.

Il en seroit autrement, si celui que nous supposons être Créancier, n'étoit qu'un étranger; c'est-à-dire, qu'il neût aucun droit sur la personne ni sur les biens du Débiteur; il faudroit dans ce cas, que cet étranger, en payant les Créanciers, stipulât la subrogation. Car quoique, suivant Justinien, *Inst. t. Liv. 3. Tit. 30.* un Créancier puisse recevoir d'un tiers, malgré même son Débiteur, le payement de ce qui lui est dû, & qu'il puisse encore malgré son Débiteur, subroger à son hypothèque celui qui le paye, néanmoins ce tiers n'est pas subrogé à ce Créancier, s'il

ne prend de lui une subrogation expresse dans la quittance, suivant les Arrêts rapportés par Mr. d'Olive, Liv. 4. Chap. 14. & par Mr. de Catellan Liv. 5 Chap. 31. & 32.

Il en faut dire de même, si celui qui feroit ce paiement, étoit un Créancier chyrographaire ou cedulaire : Comme ces Créanciers sont regardés comme des étrangers, attendu que leurs créances ne sont fondées que sur des écritures privées, qui ne donnent aucune hypothèque, ils ne seroient point subrogés à l'hypothèque de celui qu'ils payeroient, sans une convention & stipulation expresse.

On appelle subrogation conventionnelle, celle qui se fait par la convention des Parties & que la Loi seule ne peut point opérer ; comme par exemple, lorsqu'un étranger paye de ses deniers, un Créancier du Débiteur, & que ce Créancier subroge celui qui le paye à son hypothèque. Sur quoi il faut même observer, que pour que cette subrogation soit valable, il faut qu'il soit dit dans la quittance, que le paiement a été fait des propres deniers de celui qui paye ; sans quoi il ne seroit point subrogé & n'auroit qu'une action personnelle du mandat, ou une action *Negotiorum gestorum*, pour répéter du Débiteur, ce qu'il auroit payé pour lui.

Enfin on appelle subrogation réelle, celle qui se fait d'une chose subrogée à la place d'une autre, & l'effet de cette subrogation, est que la chose subrogée prend la qualité de celle à la place de laquelle elle est; suivant la maxime : *Subrogatum sapit naturam subrogati*. Ainsi par exemple, 1°. lorsque celui qui possède un héritage, l'échange avec un autre, dans ce cas l'héritage pris en contre-échange, prend la place de celui qui est échangé.

2°. Lorsque celui qui est chargé d'un fideicommiss en alternance les Biens, & que du prix en provenant il en achète d'autres, ceux-ci prennent la place de ceux qui ont été vendus; de sorte que le substitué appellé est en droit de demander ses Biens, comme dépendans du fideicommiss.

3°. Lorsque des Tuteurs ou Curateurs ont acquis des héritages des deniers de leurs Pupilles ou Mineurs, ou que le Mari a acquis des immeubles des deniers dotaux de sa Femme, dans tous ces cas, les Biens acquis appartiennent à ceux dont les deniers ont été employés à l'acquisition.

Nous ne parlerons pas ici, de cette espèce de subrogation, qui se fait des personnes des unes aux autres, comme en matière des successions où l'héritier institué, ou l'héritier *ab intestat*, est subrogé de

plein droit au défunt, luiant la maxime, *le mort saisit le vif*, & exerce tous les droits dépendans de l'hérédité. Ces sortes de subrogations n'étant point de la matière que nous traitons, nous passerons à ce qui fait l'objet des subrogations concernant les hypothèques des Créanciers sur les immeubles, que nous nous proposons de traiter dans ce Chapitre.

Et pour le faire avec ordre, il faut observer que toutes les subrogations sont légales ou conventionnelles; c'est-à-dire, qu'elles sont faites comme nous l'avons déjà dit, sans stipulation, & par le seul bénéfice de la Loi, ou par la convention des Parties: elles se font même quelquefois par la force de la Loi & de la convention, tout ensemble. Mais avant de donner des exemples de ces subrogations, il y a plusieurs observations à faire, pour ne pas confondre les termes dont on se sert pour les exprimer, & pour distinguer les unes des autres, par les différens effets qu'elles produisent.

On donne communément à la subrogation, le nom de Cession, comme étant en quelque manière deux termes synonymes, & pouvant se prendre indifféremment l'un pour l'autre. Ainsi on dit, faire Cession & Subrogation, pour exprimer la transmission que l'on fait de ses droits

à une autre personne que l'on substitué à sa place.

Néanmoins, on convient que ce n'est pas absolument la même chose ; car le mot de *Cession* convient mieux à ce qu'on appelle vente & transport d'une dette ou d'actions, qu'à la subrogation, qui ne fait que transmettre l'hypothèque d'un Créancier sur la tête d'un autre, ce qu'on pourra encore mieux distinguer par les exemples que nous allons en donner.

En effet, on appelle *Cession* & transport, un Contrat, par lequel un Créancier transporte & vend à un tiers tous ses droits & actions, soit personnelles ou hypothécaires qu'il a sur un Débiteur, avec tout ce qui en dépend, moyennant une certaine somme convenue, ce qui se fait sans le consentement & à l'insçu même du Débiteur. Cette cession est une subrogation purement conventionnelle, parce qu'elle dépend de la seule convention des Parties, dont l'une cede ou vend ses droits & l'autre les achete.

Sur quoi il faut observer, que pour que cette cession ait son effet, il faut que le Débiteur l'accepte par le même Acte ou par un Acte séparé, ou que sur son refus de l'accepter, le Cessionnaire la lui fasse signifier, afin qu'il ne l'ignore, & ne puisse pas la rendre inutile, ce qu'il pour-

roit faire de plusieurs manieres ; car
1°. Tandis que la cession n'est point connue au Débiteur, celui-ci peut se liberer en payant la dette au Cédant. 2°. La cession ne tenant pas lieu de paiement, un Créancier du Cédant, même celui qui n'a qu'une hypothèque postérieure au transport, peut faire saisir & arreter la somme cédée ou les droits cédés, entre les mains du Débiteur ; & dans ce cas, il est préféré au Cessionnaire. 3°. Le Cédant même, tandis que la cession n'a pas été signifiée au Débiteur, peut céder la même somme ou les mêmes droits à un autre ; de sorte, que si le nouveau Cessionnaire a fait signifier sa cession, il est préféré au premier, qui n'a point fait signifier la sienne, parce qu'on regarde cette signification comme une prise de possession des droits cédés, qui rend la cession parfaite & irrévocable ; au lieu que le Débiteur, qui n'a aucune connoissance de la cession, peut se liberer, comme nous venons de le dire envers son Créancier, & celui-ci peut aussi céder les mêmes droits, ce qui peut rendre la première cession inutile.

Il ne reste alors d'autre ressource au premier Cessionnaire, que la garantie pour son remboursement & ses dommages & intérêts contre son Cédant ; car,

quoique la cession ne soit devenue inutile que par la faute, pour avoir manqué de la faire signifier au Débiteur; néanmoins cette cession est toujours valable vis-à-vis de son Cédant, qui n'a pû céder à un autre des droits qu'il avoit déjà cédés, sans s'exposer à des dommages & intérêts, pour raison de la garantie, sur quoi on peut voir *M. de Catellan, Liv. 5. Chap. 32.* mais lorsque la cession a été acceptée par le Débiteur délégué, les Arrêts rapportés par *M. de Catellan, Liv. 4. Chap. 47.* ont distingué le cas, où le Débiteur délégué est à terme de payer, de celui qui ne l'est pas. Au premier cas, ils ont jugé que les Créanciers du Cédant ne peuvent pas faire saisir ni arrêter la somme cédée, parce qu'elle ne lui appartient plus par l'acceptation; & au second ils ont jugé que le Débiteur n'étant point à terme de payer, les Créanciers peuvent faire saisir cette somme nonobstant l'acceptation de ce Débiteur. Cependant les nouveaux Arrêts qu'on trouve dans *Vedel sur M. de Catellan* à l'endroit cité, ont rejeté cette distinction, & ont jugé que soit que le terme du paiement de la somme cédée, fut échu ou non, au moyen de l'acceptation du Débiteur, la somme cédée ne pouvoit plus être saisie ni arrêtée par les Créanciers du Cédant.

Il y a néanmoins un cas où la cession est valable, quoiqu'elle n'ait pas été acceptée ni signifiée ; c'est celui où le Débiteur délégué a commencé de payer le Cessionnaire en conséquence de la cession, parce que par ce commencement de paiement, la cession, quoique non signifiée, est censée acceptée par le Débiteur, qui par là, ne peut pas revenir contre son propre fait : de sorte que dans ce cas, il ne peut pas demander la cassation de la Saisie, qui seroit faite sur sa tete, à la requete du Cessionnaire, par le défaut de signification de la cession, comme il a été jugé par l'Arrêt qu'on trouve rapporté dans la *Peyrere*, lettre P, page 297.

Ce que nous disons de la cession & transport, n'a pas lieu à l'égard de la délégation, qui est une espèce de cession, par laquelle un Débiteur délégué ou substitue son Débiteur à sa place, pour payer son Créancier. Cette délégation, pour avoir son effet, n'a pas besoin d'être signifiée au Débiteur délégué, ni au Créancier qui est chargé de payer, parce qu'elle fait de plein droit ce Débiteur, par le seul consentement qu'il donne dans le même Acte, de payer le Créancier de son Créancier.

Ainsi, il y a cette différence remarquable, entre la cession & la délégation, en

ce que la cession pouvant être faite sans le consentement & à l'insçu même du Débiteur, ne saisit point, & que celui auquel elle a été faite, ne devient la maître de la somme ou des droits cedes, qu'après qu'il a fait signifier sa cession au Débiteur, ou après que celui-ci l'a volontairement acceptée, au lieu que la délégation ne pouvant être faite que du consentement du Débiteur délégué, elle le saisit de plein droit de la dette, & le met à la place du Créancier; de sorte que par cette acceptation, il est entièrement libéré envers le premier Créancier, & devient le Débiteur du second.

Cette délégation se pratique ordinairement dans les Contrats de vente, où le Vendeur délègue l'acheteur à payer sur le prix provenant de la vente, ce qu'il doit à un Créancier; & l'acheteur en acceptant cette délégation, devient lui-même le Débiteur du Créancier du Vendeur, sans qu'il puisse dénier la dette, ni opposer aucune exception provenant de cette délégation contre le Créancier, qui l'a volontairement acceptée.

Il y a encore cette différence entre la cession & la délégation, en ce que la cession étant regardée comme une vente, le Vendeur est tenu à la garantie envers celui qui l'a acceptée, en cas d'insolvabilité
de

de celui sur qui la cession est faite, au tems qu'elle est faite, au lieu que la délégation étant une novation qui éteint la première obligation, attendu que le Créancier accepte un nouveau Débiteur à la place du premier, il s'ensuit que le Débiteur qui fait cette délégation, ne doit aucune garantie au Créancier délégué, comme il est décidé par la Loi 3. au Code de Novat. & Delegat.

Mais si le Créancier qui accepte la délégation du nouveau Débiteur à la place de l'ancien, vouloit conserver les hypothèques de son ancien Débiteur sur le nouveau, & les faire passer en sa personne, pour une plus grande sûreté de sa créance, il pourroit le faire par une stipulation expresse, inserée dans le même Acte, sans quoi la première obligation demeureroit éteinte, de même que les hypothèques qui en sont les accessoires, par le défaut de réservation, suivant *Renusson, dans son Traité de la Subrogation, chap. 2. nomb. 11 & 12.*

Enfin, on peut observer une troisième différence entre la cession & la délégation, en ce que la cession se fait entre le Cédant & le Cessionnaire, sans qu'il soit besoin que le Débiteur cédé y consente, & comme à son insçu; au lieu que la délégation doit être faite avec le consente-

ment de trois personnes; ſçavoir, du Débiteur qui délègue, du Débiteur qui eſt délégué, & du Créancier qui accepte la délégation, ſans quoi la délégation ſeroit nulle, par le défaut de conſentement de l'une de ces trois perſonnes, & elle ne ſeroit tout au plus regardée que comme une ſimple deſtination, ou une ceſſion & transport, ſuivant *Loiſeau, en ſon Traité de la Garantie des Rentes, Chap. 3. nomb. 8.*

Après avoir obſervé la différence qu'il y a entre la ceſſion & transport, avec la délégation, il convient auſſi de remarquer la différence qu'il y a entre la ceſſion & la ſubrogation légale dont nous avons parlé. Cette différence conſiſte, en ce que la ceſſion & la délégation procedent l'une & l'autre du Créancier, qui diſpoſe de ſa dette pour ſon intérêt ou pour ſon utilité particulière, au lieu que la ſubrogation n'eſt pas une véritable ceſſion, mais une ceſſion feinte qui ne vient pas du Créancier, & qui ne dépend pas de lui, puisqu'elle peut ſe faire malgré lui, par le bénéfice de la Loi.

Ainſi, celui qui eſt ſubrogé, & qui ſuccede de plein droit aux droits du Créancier qui a été payé, ne tient pas ſon droit de ce Créancier, quoiqu'il entre en ſa place, puisque ce n'eſt pas ce Créancier

qui lui cede ses droits, mais qu'il cesse d'être Créancier par la force de la Loi, au moyen du paiement qui lui est fait par celui qui prend sa place, d'où il faut conclure que cette subrogation légale produit le même effet que la subrogation conventionnelle, quoique le Subrogé ne succède aux droits & hypothèques des Créanciers qu'il a payés, que par le bénéfice de la Loi.

Sur quoi il faut rappeler l'observation que nous avons déjà faite, qu'il ne faut pas confondre toute sorte de personnes pour la subrogation légale, & que celle-ci n'a lieu, que lorsque celui qui paye ou qui prête ses deniers pour payer un Créancier, est lui-même Créancier du Débiteur; parce qu'alors on présume qu'il fait ce paiement, non pour prêter ses deniers & acquérir une hypothèque, mais pour conserver ou augmenter les siennes sur le même Débiteur.

Mais lorsque celui qui prête ou qui paye de ses deniers, n'est point Créancier, il n'entre point à la place du premier Créancier, sans convention & subrogation expresse du Créancier ou du Débiteur; ce qui est fondé sur la disposition de la Loi 1. au Code *Qui in prior. creditor. Loc. succed.* & sur la Jurisprudence des Arrêts rapportés par *M. Dolive, Liv. 4. Chap. 14. & Catellan, Liv. 5. Chap. 31.*

Il en est de même, suivant *M. de Catellan*, d'un Engagiste qui n'acquiert point l'hypotèque pour les sommes qu'il paye aux Créanciers du Bailleur sans subrogation, s'il n'est lui-même Créancier.

On excepte néanmoins de cette Loi, 1°. L'Acheteur d'un fonds, qui du prix de son acquisition, a payé les Créanciers de son Vendeur, lequel au moyen de ce paiement, entre à leur place & acquiert leur hypotèque sans subrogation expresse, & par le seul bénéfice de la Loi. 2°. On excepte encore le Cessionnaire d'une somme, qui acquiert aussi l'hypotèque du Cédant sans subrogation, parce qu'il représente son Cédant & tient sa place; comme il a été jugé par les Arrêts rapportés par *M. Dolive*, *Liv. 3. Chap. 23. en ses Additions*, & par *M. de Catellan* à l'endroit cité, *Chap. 31. & 32.*

Du reste, ce que nous disons du Cessionnaire, ne doit être entendu que de l'hypotèque réelle, & non de l'hypotèque personnelle, comme seroit par exemple celle de la Femme sur les Biens de son Mari, pour la répétition de sa Dot, laquelle ne passeroit point à son Cessionnaire, à moins qu'elle ne se soit obligée à la garantie, encore faut-il que le Cessionnaire agisse pendant la vie de la Femme; car s'il n'agissoit qu'après sa mort sans enfans, il ne

jouïroit point de ce privilège contre les Héritiers étrangers, quoique la garantie fût stipulée; parce que les Héritiers étrangers appellés en garantie, ne peuvent pas eux-mêmes reprennant l'action, jouir de ce privilège personnel à la Femme. Voyez *Mr. d'Olive, & Mr. de Catellan aux endroits cités.*

Ce que nous disons de l'acheteur d'un héritage, qui en payant les Créanciers de son vendeur entre à leur place de plein droit, sans subrogation, a pareillement lieu à l'égard d'un tiers acquereur. C'est-à-dire, que lorsqu'un tiers-acquereur est poursuivi en déclaration d'hypotèque par un Créancier de son vendeur, antérieur à son acquisition, & qu'il est obligé de déguerpir le fonds par lui acquis, ou de payer le Créancier, ce tiers acquereur, en payant ce Créancier, pour conserver le fonds, est subrogé de plein droit au Créancier, sans qu'il stipule la subrogation.

Les Loix Romaines n'ont fait aucune distinction d'un cas à l'autre, parce que dans l'un & dans l'autre cas, c'est toujours la même cause & le même principe, qui est de libérer le fonds acquis, & d'en conserver par là la possession au tiers-acquereur. De sorte qu'au moyen du paiement fait par l'acquereur, celui-cy acquiert de plein droit l'hypotèque du Cré-

ancier sans subrogation ; & s'il vient dans la suite à être troublé par d'autres Créanciers de son vendeur , postérieurs à celui qu'il aura payé , il pourra faire valoir son hypothèque , & obtenir dans la distribution des Biens du débiteur , la préférence sur eux , comme subrogé au créancier qu'il a payé.

Il en est sans doute autrement de celui qui ne fait que prêter ses deniers pour acquérir un fonds ; c'est-à-dire , qu'il n'acquiert aucune hypothèque ni subrogation sur ce Fonds , si ce n'est dans le cas qu'il y a de preuve que les deniers ont été employés à l'acquisition de ce fonds , & qu'il a stipulé en même tems qu'il lui sera affecté & hypothéqué pour son remboursement ; *comme il est décidé par la Loi 7. au Code qui potior in pignor. habeant.*

Mais s'il n'y aucune preuve que les deniers empruntés ayent été employés à l'acquisition du fonds , & qu'il y ait au contraire lieu de soupçonner qu'elle a pû être faite d'autres deniers , il ne peut dans ce cas y avoir de subrogation ; car pour acquérir la subrogation , il faut que la volonté & l'exécution concourent ; c'est-à-dire , qu'il faut que l'étranger qui prête son argent , stipule , non - seulement la subrogation , mais encore qu'il en soit fait mention dans la quittance , & que les dé-

niers soient véritablement employés à l'acquisition du fonds , ou au paiement de celui aux droits duquel il désire d'être subrogé ; sans quoi il n'y a point de subrogation. *Voyez de Renusson , Chap. 11 nom. 19, 20, 21, & 22.*

De plus, il ne suffit pas que celui qui a prêté les deniers ait chargé le Débiteur d'en faire l'emploi , avec déclaration & subrogation aux droits du Créancier , il faut encore que cela soit exécuté incontinent ; c'est-à-dire, le jour même , ou peu de jours après l'emprunt , & que le Débiteur déclare dans la quittance , que les deniers qu'il employe au paiement de son Créancier , procèdent d'un tel , qui les a prêtés. Car si le Débiteur faisoit le paiement purement & simplement , & sans faire cette déclaration , la dette seroit bien éteinte par le paiement fait en son nom ; mais il n'y auroit point de subrogation pour celui qui auroit prêté les deniers. En effet, *de Renusson , à l'endroit cité , nom. 23.* observe que dans ce cas , le Débiteur auquel les deniers ont été prêtés , & qui est chargé d'en faire l'emploi , est considéré comme un mandataire & un procureur fondé qui n'exécute pas son mandat ; & que c'est au prêteur à s'imputer d'avoir choisi un mandataire & un Procureur négligent à exécuter sa commission ou mandat.

Quand nous disons que l'emploi des deniers empruntés doit être fait le même jour, ou bientôt après l'emprunt, cela doit être entendu de manière, que l'emploi doit être fait dans un court intervalle de tems. *Post aliquod intervallum, dit la Loi 24. § 3. ff. de reb. autor. judic. possidend.* de manière qu'on ne puisse pas soupçonner de fraude, & que le paiement a été fait d'autres deniers. Car du reste, il n'y a aucune Loi qui fixe précisément l'intervalle qu'il faut entre l'emprunt & l'emploi des deniers : on trouve seulement des Arrêts qui ont regardé comme un court intervalle, le délai d'un jour ; d'autres plusieurs jours. *M. de Catellan, Liv. 5. Ch. 29.* en rapporte un du 2. Mai 1678 qui a jugé, que l'emploi fait le lendemain de l'emprunt, n'étoit pas un intervalle trop long, pour pouvoir présumer la fraude. *M. Louet, Lettre H. Somm. 21.* en rapporte un autre du Parlement de Paris, qui a juré une subrogation valable, quoique l'emploi eût été fait long-tems après l'emprunt.

On ne peut donc donner dans cette matière d'autre règle certaine pour fixer cet intervalle dont parle la Loi, que celle qui peut être prise des circonstances du fait, qui puissent faire presumer la bonne foi de l'emprunteur, & conjecturer que les

deniers empruntés ont été employés au paiement du Créancier, quelque intervalle qu'il y ait de l'emprunt à l'emploi, il suffit qu'on puisse moralement s'assurer de la vérité du fait. Sur quoi on peut voir de *Renusson à l'endroit cité, N. 6. & suiv.*

Il faut observer, que ceux qui ont payé des dettes privilégiées pour cause publique & nécessaire, comme des fraix de la dernière maladie, les fraix funéraires, les Médecins, Chirurgiens & Apoticairens qui ont servi le Défunt pendant sa maladie; & autres, sont subrogés de plein droit, suivant la disposition de la *Loi 46. § 2. ff. de reliq. & sumptib. funerum. Et les Arrêts rapportés par M. Louet, let. C. Nomb. 29. & par Brodeau sur cet Auteur.* On met encore au nombre des dettes privilégiées, le prix de la chose vendue, les réparations faites à un Bâtiment, & autres de cette espèce, pour raison desquelles, ceux qui les ont acquittées, n'ont pas besoin de subrogation expresse.

Comme ces dettes privilégiées sont attachées non - seulement à la personne du Créancier, mais encore à la chose même, leurs privilèges peuvent passer à son héritier & à toute autre personne, par subrogation de fait ou de droit. Il en seroit autrement, si le privilège n'étoit que personnel, il ne passeroit point sur la tête d'un au-

trc. *Quædam privilegia*, dit la Loi 196. ff. de regul. Jur. ad hæredem transmittuntur, quæ causæ sunt : Quæ personæ, ad hæredem non transeunt. Ainsi dans ce dernier cas, celui qui payeroit une dette privilégiée, qui ne seroit attachée qu'à la personne du Créancier, ne seroit point subrogé de plein droit à ses droits, même par une subrogation expresse, cette subrogation de droit n'ayant lieu, que lorsque le privilège est attaché à la chose même, comme nous l'avons dit ailleurs.

Mais lorsque le Créancier personnel n'est point privilégié, cette subrogation quoique expresse, ne peut faire préjudice à personne : on peut même dire qu'elle est inutile, parce que l'étranger qui paye un Créancier personnel, n'a pas besoin de subrogation, puisqu'il peut répéter du Débiteur ce qu'il a payé pour lui, de même que s'il étoit subrogé. En effet, la subrogation ne lui donne pas plus de droit que l'action qu'il a de son chef par le droit commun, pour se faire rembourser de ce qu'il a payé par l'action *Negotiorum gestorum*, l'équité naturelle ne permettant pas que personne s'enrichisse aux dépens d'autrui. De sorte qu'il n'y a aucun privilège entre Créanciers personnels non privilégiés : quelque subrogation qu'il y ait, ils sont tous mis au niveau les uns des

autres, & font payés sur les Biens de leur Débiteur, par contribution au sol la livre, comme il a été jugé par l'Arrêt du 1. Mars 1681. rapporté dans le Journal du Palais, tome 2. page 189. Sur quoi on peut encore voir M. de Renusson, Chap. 3. Nomb. 47. & suiv.

Ainsi, suivant ces principes, il faut distinguer les Créanciers personnels privilégiés, des Créanciers personnels non privilégiés; en ce que celui qui paye un Créancier privilégié, n'est point subrogé au privilège, sans une stipulation expresse qui le mette à la place de ce Créancier: au lieu que celui qui paye un Créancier non privilégié, est subrogé de plein droit à ce Créancier. Mais comme nous venons de le dire, cette subrogation ne peut porter préjudice à personne, & ne lui donne d'autre droit, que de répéter du Débiteur ce qu'il a payé pour lui, sans aucune préférence sur les autres Créanciers personnels, lesquels viennent tous par contribution au sol la livre.

Nous appellons Créanciers personnels, ceux qui n'ont pas de titre par écrit, ou dont la créance n'est fondée que sur des titres sous seing privé; ceux-ci n'ayant acquis aucune hypothèque sur les Biens de leur Débiteur, ne peuvent pas par conséquent transmettre à ceux qui les payent, plus

de droit qu'ils n'ont ; c'est-à-dire , que l'action personnelle qu'ils ont contre leur Débiteur , pour répéter ce qu'ils ont payé pour lui. De-là vient, comme nous venons de le dire, que quelque subrogation qu'ils aient stipulé du Créancier, cette subrogation ne peut porter aucun préjudice aux Créanciers qui ont une hypothèque acquise sur les Biens du Débiteur.

Il en est autrement à l'égard des Créanciers personnels privilégiés dont nous avons déjà parlé, ceux-ci ayant une cause publique & nécessaire, quoi qu'ils n'aient point de titre par écrit, ont néanmoins un privilège réel ; c'est-à-dire, une hypothèque privilégiée sur les Biens du défunt par le bénéfice de la Loi, qui leur donne une préférence sur les Créanciers même hypothécaires. C'est pourquoi ceux qui payent ces Créanciers, peuvent acquérir leurs hypothèques privilégiées au moyen d'une subrogation expresse faite dans la quittance, & même sans subrogation ; comme le décide de Renusson à l'endroit cité, Nomb. 50. & suivans.

En un mot, pour que la subrogation aux droits d'un Créancier personnel privilégié, puisse se faire de plein droit, il faut que le privilège soit attaché à la personne & à la chose tout ensemble ; car s'il n'étoit attaché qu'à la seule personne, il

n'y auroit point de subrogation pour celui qui payeroit la dette, quelque stipulation qu'il y eût entre lui & le Créancier; enforte que dans ce cas, il n'auroit comme il a été déjà dit, qu'une action personnelle contre le Débitteur, pour répéter ce qu'il auroit payé pour lui.

On met encore au nombre des subrogations qui s'acquierent de plein droit, l'interêt du Fisc; comme par exemple, lorsque de plusieurs Associés dans les Fermes du Roi, il y en a un qui paye pour les autres associés insolvables pour l'entier prix de la Ferme, celui-ci est subrogé de plein droit au privilege du Roi sans subrogation, ce qui n'a lieu pourtant que dans le cas que cette subrogation n'a son effet, que contre la personne du Débitteur; & qu'elle ne porte aucun préjudice à ses autres Créanciers: *comme il a été jugé par l'Arrêt du 20 Décembre 1671. rapporté dans le Journal du Palais, Tom 1. page 135.* le même que rapporte Renusson, à l'endroit cité, nomb. 56. & suivans.

La subrogation conventionnelle s'acquiert en vertu de la convention, en faveur de celui qui a remboursé un Créancier. Elle vient de la part du Créancier ou de la part du Débitteur, quand elle est faite par le Créancier; il faut encore distin-

guer la subrogation qui est faite en faveur d'un Étranger qui n'a aucun intérêt au paiement de la dette, de la subrogation faite au profit de celui qui est intéressé au paiement de la dette, comme l'est par exemple, l'obligé solidairement, & la caution : *suivant Me. d'Hericourt, Chap. II. section 2.*

Le Créancier peut subroger valablement un étranger, en lui cedant ou en lui vendant tous ses droits moyennant une somme convenue, mais il ne peut recevoir de lui son paiement au profit du Débiteur, & subroger à ses droits celui qu'il a remboursé, parce que la dette étant une fois éteinte par le paiement qui en a été fait, il ne peut en faire revivre l'hypothèque au préjudice du Débiteur, & cet étranger n'a contre le Débiteur que l'action *negotiorum gestorum*, pour répéter ce qu'il a payé pour lui.

Mais lorsque la subrogation est faite par le Débiteur, à celui qui lui prête des deniers pour payer un ancien Créancier, il n'est pas nécessaire pour la rendre valable qu'elle ait été faite du consentement du Créancier, parce que ce Créancier est en cela sans intérêt, & qu'il ne seroit pas juste que par son caprice, il pût empêcher son débiteur, de se choisir un Créancier moins incommode; *comme l'en*

seigne Me. d'Hericourt à l'endroit déjà cité, N^o. 41 page 249.

Néanmoins, malgré l'opinion de cet Auteur, nous croyons qu'il faut s'en tenir à ce que nous avons déjà dit, que lorsque celui qui paye le Créancier est lui-même Créancier du même Débitur, il succede de plein droit à l'hypotèque du Créancier, sans subrogation expresse; & que lorsque c'est un étranger, il n'entre point dans les droits du Créancier qu'il paye, sans une convention & stipulation expresse, par le moyen de laquelle il demeure subrogé. Cette distinction puisée dans les Loix Romaines, se trouve autorisée par les Arrêts des Cours Souveraines que nous avons cité ailleurs; ainsi, soit que la subrogation soit faite par le Créancier ou par le Débitur, dans ces deux cas elle est valable en faveur de celui qui paye, pourvu si c'est un étranger, qu'elle ait été expressement stipulée.

Il y a encore un troisième cas où la subrogation a lieu; c'est lorsque le Débitur paye lui-même son Créancier; mais dans ce cas, on distingue si le Débitur a fait le paiement de ses propres deniers, ou s'il l'a fait des deniers d'un tiers. Au premier cas le Débitur payant sa propre dette, elle est éteinte s'il ne peut pas y avoir de subrogation: mais au second, la subroga-

tion a lieu pourveu qu'elle ait été stipulée & consentie par le Débitur, & qu'il paroisse que les deniers de ce tiers ayent été employés au remboursement du Créancier.

Enfin il y a un quatrième cas où la subrogation a lieu ; qui est lorsque le Créancier & le Débitur consentent & stipulent conjointement, que celui qui prête ses deniers pour payer le Créancier, soit subrogé à tous les droits & hypotèques, que ce Créancier avoit sur les Biens de son Débitur.

Il faut de plus observer, que lorsque plusieurs se sont obligés de payer une même somme pour une même cause, s'ils ne sont pas obligés solidairement les uns pour les autres, & qu'ils n'ayent pas renoncé au bénéfice de division, chacun des Coobligés n'est tenu de payer que sa portion, & si l'un d'eux paye la portion des autres, il paye comme étranger : c'est-à-dire, comme s'il n'étoit pas du nombre des Coobligés ; & il n'a dans ce cas que l'action *negotiorum gestorum* pour répéter la portion d'un chacun, si ce n'est qu'il stipule expressement la subrogation, *suyvant la Nouvelle 99. de Justinien.*

Mais si plusieurs se sont obligés de payer une même somme pour une même cause, solidairement les uns pour les autres, &

ont renoncé au bénéfice de division , chacun des Coobligés est tenu de payer le tout , quoique chacun ne soit Débiteur principal que de sa portion , & caution pour la portion des autres ; parce que les Coobligés solidaires sont Cautions entr'eux. De sorte que si l'un d'eux paye volontairement ou par contrainte l'entière dette , il doit en faisant ce paiement , stipuler la subrogation pour pouvoir répéter le tout sur chacun des autres ; sa portion déduite , autrement il n'auroit que l'action *mandati* ou l'action *negotiorum gestorum* pour répéter ce qu'il auroit payé pour chacun d'eux. *Suivant les Arrêts rapportés par Mr. Maynard Liv. 8. Chap. 98 , par Mr. d'Olive , Liv. 4. Chap. 31. & par Mr. de Catellan , Liv. 5. Chap. 49. & Vedel sur cet Auteur.*

Ainsi suivant ces principes , il faut distinguer : Ou celui des Coobligés solidaires qui a payé l'entière dette , a pris une cession du Créancier & une subrogation à son hypothèque , ou il a payé sans cession & sans subrogation. Au premier cas , il est décidé qu'il peut agir solidairement contre les autres Coobligés & contre chacun d'eux pour le tout , sa portion déduite , à la charge de supporter aussi sa portion des insolubles , s'il y en a.

Et au second cas , que le Coobligé qui

à payé sans subrogation, ne peut agir contre chacun des autres Coobligés que pour la portion d'un chacun, sauf que s'il y avoit quelque insolvable parmi eux, chacun des solvables seroit obligé de supporter cette portion; ainsi le paiement de l'entière dette fait par l'un des Coobligés solidaires, éteint bien cette dette, & décharge tous les autres Coobligés envers le Créancier; mais il ne les décharge pas envers le Coobligé, qui a payé pour eux, ceux-ci doivent le rembourser de leur portion: c'est pourquoi, les Loix & la Jurisprudence des Arrêts, donnent une action solidaire au Coobligé qui libère les autres Coobligés, pour répéter sur eux ce qu'il a payé à leur liberation, suivant la distinction que nous avons faite du cas où il a pris subrogation du Créancier, de celui où il n'en a point pris.

Et à l'égard de la portion de l'insolvable, nous avons dit qu'elle doit être supportée également par tous les autres, parce que nous supposons qu'ils ont tous profité de la somme par égales portions; car s'il étoit prouvé que de tous les Coobligés qui ont emprunté, les uns en ont reçu plus, les autres moins, la portion de l'insolvable, ne seroit supportée qu'à proportion de ce qu'il auroit reçu ou profité.

Il en seroit de même, si l'un des Co-

bligés n'avoit rien reçu de la somme empruntée, & qu'il eut un relief des autres, portant qu'il n'a rien recû, & que le prêt ne le regarde pas, dans ce cas, il ne seroit pas obligé de tremper à la perte survenue par l'insolvabilité des autres. *Suivant Mr. de Catellan Liv. 5. Chap. 50. & Boutaric dans ses Institutes, Liv. 3. tit. 17. § 1. page 446.*

Enfin, lorsqu'il y a plusieurs Héritiers qui ont accepté une succession, ils sont tous tenus de contribuer au paiement des dettes de l'héredité, chacun personnellement, à proportion de la part qu'ils en ont recueillie; mais à l'égard des Créanciers de l'héredité, l'action est solidaire contre chacun des Héritiers; de sorte qu'ils peuvent être actionnés hypothécairement chacun pour le tout, soit que l'héredité soit partagée ou non, parce que les Biens qui composent cette succession, étant originellement affectés & hypothéqués pour la dette qui étoit indivisible sur la tête du Défunt, l'hypothèque reste également indivisible sur la tête de chacun de ses Héritiers, même après le partage desd. Biens. *Est tota in toto, & tota in qualibet parte*; de sorte qu'un seul peut être convenu pour le tout, comme nous l'avons expliqué plus au long dans notre *Traité*.

Mais dans le cas qu'un seul Héritier paye toutes les dettes, il doit stipuler la subrogation aux droits des Créanciers, sans quoi s'il payoit purement & simplement, il ne seroit point subrogé : il auroit seulement, dans le cas que la succession ne seroit point divisée, l'action *familix eriscundæ* pour répéter sur la succession commune, ce qu'il auroit payé à son acquit ; & dans le cas qu'elle seroit partagée, il auroit une action en garantie, pour répéter sur chacun de ses Cohéritiers, les portions dont ils seroient tenus *pro rata emolumentum*. Voyez de Renusson, Chap. 7. nomb. 69. & suivans. & Catellan à l'endroit cité.

Et à l'égard de l'Héritier par bénéfice d'inventaire, qui paye une dette de l'hérédité, il est subrogé de plein droit à l'hypotèque du Créancier qu'il paye, sans qu'il soit besoin de stipuler la subrogation ; parce que cet Héritier, en payant une dette de la succession qu'il n'a acceptée que sous bénéfice d'inventaire, & qu'il est par conséquent le maître de répudier, ne paye pas pour lui, puisqu'il ne doit rien de son chef, mais bien l'hérédité qu'il libère ; & par là il est juste qu'il succède de plein droit à la place du Créancier qu'il paye. Il en est sans doute autrement de l'Héritier pur & simple, lequel par l'accepta-

tion de l'hérédité s'est obligé personnellement d'en acquitter toutes les dettes; de sorte que lorsqu'il paye les Créanciers, il paye les propres dettes, & par conséquent la subrogation qu'il stipuleroit, seroit inutile, ne pouvant pas devenir Créancier contre lui-même. Mais lorsqu'il y a d'autres Cohéritiers, il est nécessaire qu'il prenne la subrogation des Créanciers qu'il paye, pour pouvoir répéter sur les autres ce qu'il a payé pour eux; sans quoi, comme nous l'avons déjà observé, il n'auroit que l'action de partage, ou l'action en garantie contre chacun d'eux pour leurs portions.

Un Curateur qui a payé les dettes d'une succession vacante, est aussi subrogé de plein droit à la place du Créancier qu'il a payé, par la même raison que l'Héritier bénéficiaire; c'est-à-dire, parce qu'il a payé des dettes qui ne le regardent pas, & qu'il n'a fait en cela que libérer l'hérédité de laquelle il devient Créancier sans subrogation, pour répéter ce qu'il a payé pour sa libération. *Voyez de Renusson à l'endroit cité, nomb 76. & 77.*

Ce nous avons dit du principal Débiteur a pareillement lieu à l'égard de la Caution qui a payé pour le Débiteur; c'est-à-dire, qu'elle n'est point subrogée aux droits du Créancier, si elle n'a stipulé ex-

pressionnement la subrogation; elle a seulement l'action *Negotiorum gestorum* contre le Débiteur, pour répéter ce qu'elle a payé pour lui.

Il est vrai que la *Loi 17. ff. de fidejussor & mandator.* décide, que le Fidejussur peut contraindre par Justice le Créancier qui refuse de le subroger a sa place, à lui consentir la cession d'actions & la subrogation à ses droits, *fidejussoribus succurri solet, dit cette Loi, ut stipulator compellatur ei qui solidum solvere paratus, vendere cæterorum nomina.* Et l'effet de cette cession, est que la caution entre dans tous les droits du Créancier pour les exercer contre le Débiteur principal; mais si la caution n'a exigé du Créancier cette cession ou subrogation, il n'a que l'action du mandat, qui ne lui donne hypothèque que du jour du cautionnement, ou l'action personnelle *negotiorum gestorum.* *Voyez de Renusson, Chap. 9. nomb. 5. & suivans.*

Ce que nous disons encore de la caution, doit s'appliquer aussi au cas où il y a plusieurs cautions pour une même dette; c'est-à-dire, que lorsqu'une des cautions paye l'entière dette, elle peut obliger le Créancier à lui céder ses actions contre les autres, *suyvant les Loix 17. & 39. ff. de fidejussor & par l'effet de cette cession, elle peut agir pour répéter sur les autres cau-*

tions, ce qu'elle a payé pour elles ; au lieu que si elle a payé sans prendre cette cession ou subrogation, & que le Débiteur principal soit insolvable, tout ce qu'elle aura payé sera perdu pour elle : *comme le décide Justinien dans ses Institutes, liv. 3. tit 21. § 4. & Mr. de Catellan à l'endroit cité.*

La décision de ce dernier Auteur est fondée, sur ce qu'il n'en est pas du cas où une des cautions paye l'entière dette sans subrogation, comme du cas où un des Coobligés solidaires paye aussi sans subrogation ; cette différence prise de ce que les cautions, quoique toujours solidaires, ne sont point cautions entr'elles, la solidarité du cautionnement ne regardant que le seul intérêt du Créancier pour la sûreté de sa créance ; au lieu que les Coobligés solidaires sont toujours cautions entr'eux comme étant associés pour une obligation commune, contractée pour un intérêt commun.

Ainsi, lorsqu'un Coobligé solidaire paye le Créancier sans subrogation, il ne peut répéter sur les autres, que la portion d'un chacun séparément. Mais lorsqu'il a pris la subrogation, il peut, comme étant à la place du Créancier, s'en prendre contre celui des Coobligés qu'il veut, pour la répétition du tout, la portion dedui-

te, de même que sa part de la portion de l'insolvable, s'il y en a, dont il demeure chargé; au lieu que la caution qui paye l'entière dette, sans prendre la subrogation du Créancier, ne peut rien demander aux autres.

Il est vrai que M. Maynard, Liv. 2. Chap. 49. & M. Dolive, Liv. 4. Chap. 31. enseignent, que lorsque la caution a omis de prendre la subrogation, elle doit être suppléée en sa faveur, comme étant de droit & sous-entendue, pour lui donner une action contre les autres cautions qu'il a libérées. Vinnius, sur le Paragraphe cité, décide encore, que la subrogation qui a été omise lors du paiement, peut être faite après. Mr de Renousson, à l'endroit cité, N. 17. décide au contraire, que la subrogation étant fondée sur la disposition des Loix Romaines, doit être expresse, & ne peut pas être suppléée, lorsqu'elle a été omise; parce que c'est un principe, qu'il n'y a point de subrogation, si elle ne vient de la Loi ou de la convention, & que ce seroit aller contre les Loix, qui sont fondées sur des raisons solides, que de faire passer indistinctement les droits d'un Créancier qui est payé de sa dette, à celui qui auroit fait le paiement sans subrogation: ce que cet

Traité des Hypotèques. 217
en ses Arrêts, & dans ses additions au L.
II. Tit. 3. Arrêt 9. qu'il est plus sûr de
prendre cession d'actions & subrogation
d'hypotèque du principal Créancier, qui
sera tenu de les céder à la caution.

Mr. de Catellan Liv. 5 Chap 49, va
encore plus loin ; car il décide que lorsqu'
l'une des cautions paye l'entière dette
sans prendre cession du Créancier, elle ne
peut plus contraindre ce Créancier à lui
céder ses actions, de sorte que l'hypotèque
qu'il acquiert sans subrogation contre le
Débiteur ne lui donne aucun droit d'agir
contre la caution, sans avoir pris cession ;
ce que cet Auteur dit avoir été jugé ainsi
au mois de Juillet 1672. ce qui tendroit à
priver la caution qui auroit payé l'entière
dette, & qui par-là auroit libéré les
autres cautions, de réparer l'omission
de la subrogation, par un Acte posté-
rieur au paiement.

Néanmoins, *Me. Ferrière* dans son Dic-
tionnaire de la Pratique sous le mot *Co-*
fidejusseurs, atteste que la Jurisprudence
du Parlement de Paris est telle, qu'on ju-
ge que la caution qui a payé toute la det-
te, sans avoir pris cession du Créancier,
peut agir contre les autres cautions pour
répéter de chacun d'eux leur part & por-
tion de la dette pour laquelle ils ont re-
pondu, ce qui s'accorde très bien avec ce

que disent Mrs. Maynard & Dolive, aux endroits cités, que les Loix alleguées pour soutenir l'avis contraire, sont plus fondées en subtilité, qu'en raison & équité de Droit; & que la subrogation doit être toujours suppléee en faveur de la caution.

En effet, Mr. Maynard ajoute que les Loix sur lesquelles est fondé l'avis contraire, doivent être entendues du cas auquel un étranger a payé la dette au Créancier à l'insçu du Débitteur, *in extraneo solvente, pro alio, vel ignorante*, & non dans le cas d'une caution qui paye pour les autres & qui étoient obligées solidairement avec renonciation au bénéfice de division, & non *in reo solvendi in solidum absque beneficio divisionis*: parce que, comme nous l'avons déjà observé ailleurs, l'étranger qui paye le Créancier sans stipuler la subrogation, n'est point subrogé à ses droits, & n'a qu'une action personnelle contre le Débitteur, pour le remboursement de ce qu'il a payé pour lui.

Il en est sans doute autrement de la caution qui paye pour les autres cautions, & qui ne peut pas être regardée comme un étranger puisqu'elle est obligée envers le Créancier conjointement avec les autres, lorsqu'elles ont renoncé au bénéfice de division, & conséquemment, que lorsque l'une d'entr'elles a payé toute la dette,

elle doit être subrogée de plein droit aux droits du Créancier , pour pouvoir agir contre les autres pour son remboursement , & que c'est le cas de suppléer en sa faveur la subrogation , lorsqu'elle a été ommise dans la Quittance.

Ainsi nous tenons comme plus sûre l'opinion de Me. Maynard & de Dolive & des autres Auteurs , qui veulent que lorsque la subrogation a été ommise lors du paiement fait par la caution , elle puisse être stipulée par un Acte postérieur & même supplée. Il seroit en effet bien dur pour une Caution qui auroit payé volontairement ou par contrainte la dette , & qui par-là auroit libéré les autres Cautions , de ne pouvoir pas agir contre elles pour son remboursement , a cause d'une ommission , qui bien souvent ne viendroit pas de sa faute ; ce seroit par-là autoriser une surprise que les Loix ne supposent jamais.

Il y a des Auteurs qui ont cru que la Caution qui paye le Créancier , doit pour être subrogé aux droits de ce Créancier , stipuler la subrogation avec le Debiteur , qui a intérêt dans le changement qui se fait par cette subrogation , & non avec le Créancier , qui n'a d'autre intérêt , que de recevoir ce qui lui est dû , & d'en donner quittance ; lequel par conséquent ne

peut pas transférer à un autre le droit qui est acquité.

Neanmoins l'opinion contraire a prévalu ; c'est-à-dire , celle qui veut qu'une Caution qui paye le Créancier en qualité de Caution , stipule la subrogation avec le Créancier seul , & non avec le Débiteur , par la raison que tout cautionnement contient une priere tacite du Débiteur principal de payer pour lui ; que la Caution est une personne que le Debiteur a choisi lui même , & à laquelle il a promis l'acquit ou l'indemnité , à raison de l'obligation qu'elle a contracté pour lui , & que par-la le Debiteur étant desobligé envers la Caution , par l'Acte qui contient le cautionnement , cette Caution n'a pas besoin que le Debiteur donne de nouveau son consentement , & qu'il la subroge pour ce qu'elle paye à son acquit. Il suffit que le Créancier qui reçoit son payement , la subroge à ses droits , sans qu'il soit besoin d'aller chercher le Debiteur principal , qui bien souvent dans le dérangement de ses affaires pourroit être absent , ou refuseroit de donner son consentement : ainsi il est juste que la Caution puisse se libérer elle-même , quand elle juge à propos , & qu'en payant le Créancier , elle puisse stipuler la subrogation à son hypothèque , sans la participation mê-

me du Debitur. Sur quoi on peut voir de *Renuffon, Chap. 9. nomb. 29. & suivans.*

La caution difons nous, est subrogée aux droits du Créancier qu'elle paye, en prenant de lui cession & subrogation; mais en est-il de meme d'un Tuteur qui paye les Créanciers de son Pupille ou Mineur? Sera-t'il subrogé aux droits de ces Créanciers, à l'effet d'exercer leurs hypothèques sur les Biens de son Pupille ou Mineur? Non fans doute, il y a en effet une difference remarquable entre la Caution, & un Tuteur. La Caution quoique obligée pour le Debitur principal, est véritablement obligée en son propre envers le Créancier, puisqu'en défaut de paiement de la part du Débitur, elle s'est engagée à payer pour lui, & qu'elle peut y être contrainte par le Créancier. De-là vient que lorsqu'elle paye volontairement ou par contrainte, elle acquiert au moyen de la subrogation qu'elle prend du Créancier, la meme hypothèque que ce Créancier avoit sur les Biens de son Débitur, & qu'elle peut l'exercer de la même maniere qu'il pouvoit le faire.

Il en est autrement du Tuteur: comme celui-ci n'est pas obligé envers le Créancier de son Pupille ou Mineur, il ne paye point en son nom, mais seulement en qualité de Tuteur; de sorte qu'en faisant

le paiement en cette qualité, il est censé le faire des deniers de son Pupille, & payer la dette de son Pupille; ainsi quelque cession ou subrogation qu'il prenne du Créancier, il n'acquiert point son hypothèque.

Il en seroit de même dans le cas que le Tuteur en faisant le paiement au Créancier déclareroit qu'il paye comme étranger & non comme Tuteur, parce que tandis qu'il a la qualité de Tuteur, il ne peut pas stipuler la subrogation contre son Pupille ou mineur; parce que jusques à ce qu'il ait rendu compte de son administration, il est censé reliquataire, & avoir fait le paiement des deniers de son Pupille ou Mineur; de sorte que dans ce cas, ce n'est qu'après l'événement du compte, qu'on peut sçavoir s'il est Débiteur ou Créancier, & juger par-là s'il a payé de ses propres deniers, ou des deniers du Pupille ou Mineur.

En effet, si un étranger qui paye pour un Débiteur, ne peut pas stipuler la subrogation sans le consentement de ce Débiteur, & s'il n'a dans ce cas que l'action *negotiorum gestorum*, pour répéter ce qu'il a payé pour lui, de même un Tuteur qui paye la dette de son Mineur comme étranger, ne peut pas stipuler la subrogation contre son Mineur, qui n'est pas

capable de donner aucun consentement à la subrogation.

Mais tout ce que le Tuteur pourroit faire , s'il n'avoit pas en main des deniers de son Pupille ou Mineur , & qu'il voulût avancer ses propres deniers pour arrêter les poursuites des Créanciers , seroit de faire assembler les parens du Pupille ou Mineur , pour sçavoir s'il est utile pour conserver son Bien , d'emprunter pour acquitter les dettes ; & sur la permission donnée au Tuteur par l'avis des Parens , d'emprunter une somme avec subrogation , au profit de celui qui prêteroit l'argent , ou de prêter lui-même ses deniers , le Tuteur pourroit les prêter dans ce cas , comme tout autre étranger pourroit le faire avec subrogation , parce que dans ce cas , le Tuteur seroit subrogé non comme Tuteur , mais en son nom propre comme un étranger ; ce qui est ainsi décidé par la *Loi 12. ff. de reb. eor. qui sub tutel. vel cura sine decret. non alienand.* Voyez de *Renusson*, Chap. 9. nomb. 20. & suivans.

Il est décidé dans la *Loi 3. §. 1. & 2. ff. de administrat. & periculo tutor.* que lorsqu'il y a plusieurs Tuteurs d'un Pupille ou Mineur , ils sont tenus des faits l'un de l'autre , touchant l'administration des Biens , & sont tous solidaires pour la red-

dition de leur compte ; mais si après que la Tutelle a pris fin , l'un d'eux est poursuivi pour rendre compte & payer le reliqua , il faut demander que l'action soit divisée entre tous , s'ils sont solvables , en supportant également la portion de l'insolvable s'il y en a , à l'exemple des Cautions , comme il est décidé par la Loi 1. §. 10. & 11. ff. de tutelæ rationib. distrahend.

Mais après que le compte a été rendu & que l'un des Tuteurs a payé l'entier reliqua au Pupille ou Mineur , il faut faire la même distinction que nous avons faite à l'égard des Cautions ; c'est-à-dire , que comme la caution qui a payé purement & simplement le Créancier , sans avoir requis la subrogation , ne peut point agir contre les autres Cautions , le Tuteur qui a payé l'entier reliqua du compte à son Pupille , ne peut agir contre les autres Tuteurs , que par l'action utile , suivant la Loi 1. §. 13. du titre ci-dessus cité , mais lorsque le Tuteur en payant , a pris subrogation du Pupille , il est mis à sa place pour agir contre les autres pour répéter ce qu'il a payé pour eux. Leg. 21. ff. eodem.

Nous avons dit qu'un étranger ; c'est-à-dire , celui qui n'est ni Débiteur ni Cautions du Débiteur , ni Créancier du même

Débiteur, ni qui n'a aucun intérêt dans la chose obligée, peut de son pur mouvement payer pour un Débiteur ce qu'il doit, sans le consentement de ce Débiteur, & même malgré lui, suivant la disposition de la *Loi 39. ff. de negot. gest.* Sur quoi on demande si cet étranger peut obliger le Créancier de recevoir ce qui lui est dû, & sur son refus, s'il peut le lui configner?

Sur cette question, on distingue si l'étranger fait le paiement au nom du Débiteur pour le libérer, ou s'il le fait en son propre nom & pour son intérêt particulier, afin d'acquiescer l'hypothèque du Créancier & d'exercer ses droits. Au premier cas l'étranger qui a payé au nom du Débiteur & de son consentement, est subrogé aux droits du Créancier; mais il faut que la Quittance qui contient le paiement, fasse mention expresse, que le Débiteur a consenti au paiement & qu'il demeure subrogé aux droits & hypothèques de son Créancier, & qu'en même tems, elle contienne la déclaration des deniers & la subrogation.

Et au second cas, comme un Créancier ne peut être contraint de recevoir le paiement de ce qui lui est dû, que par le Débiteur ou au nom du Débiteur, ou par un Créancier du même Débiteur, ou par

un autre qui ait un intérêt en la chose obligée, il s'ensuit qu'un étranger ne peut pas l'y contraindre, s'il n'a le pouvoir ou le consentement du Débiteur.

Ainsi, si l'étranger fait le paiement en son nom, sans le consentement du Débiteur, & que le Créancier l'ait bien voulu recevoir, ce paiement operera la libération du Débiteur; mais il ne sera point subrogé aux droits du Créancier, il aura seulement une action personnelle contre ce Débiteur, & l'action *negotiorum gestorum*, pour le remboursement de ce qu'il aura payé utilement pour lui, *suivant Me. Dumoulin, en son Traité des Contrats Usuraires, nomb. 332. & de Renusson, Chap. 10. nomb. 1. & suivans.*

Il en seroit de même si l'étranger avoit fait le paiement du consentement du Débiteur; s'il ne stipuloit expressément la subrogation aux droits du Créancier, le paiement qu'il feroit libéreroit bien le Débiteur, mais il ne seroit point subrogé, il auroit seulement l'action du mandat ou *negotiorum gestorum*, pour être remboursé de ce qu'il auroit payé pour le Débiteur, & par son ordre, ou de son consentement; & cela, par la raison qu'il ne suffit pas que le Débiteur donne simplement pouvoir à un autre d'acquies sa dette, mais qu'il faut encore, comme nous

l'avons déjà observé, qu'il consente que celui qui payera, soit subrogé à l'hypothèque du Créancier, & que la quittance en fasse une mention expresse.

De tout cela, il s'ensuit que l'Etranger qui paye pour un Débiteur, en conséquence du pouvoir qu'il lui en a donné, & qui veut être subrogé, doit stipuler expressement la subrogation; mais on demande de qui cet Etranger doit-il stipuler la subrogation? est-ce du Débiteur pour lequel il fait le paiement, ou du Créancier qui le reçoit?

Dumoulin, dans son *Traité de usur. & credituum quest. 37 nomb. 276.* dit qu'il suffit que la subrogation ait été stipulée avec le Débiteur qui lui a donné le pouvoir de faire le paiement, ce qu'il fonde sur la disposition de la Loi 12. §. 8. ff. qui potior. in pignor. habeant, par la raison que l'étranger a fait tout ce qui est désiré par la Loi, pour avoir la subrogation. Il a fait le paiement au Créancier, à condition qu'il seroit subrogé, & a stipulé la subrogation avec le Débiteur; c'est pourquoi cette subrogation lui suffit, & il n'a pas besoin de la stipuler avec le Créancier qui est obligé de recevoir ce qui lui est dû malgré lui, au nom de son Débiteur, mais il doit avoir soin en faisant le paiement, que le Créancier fasse mention

dans sa quittance, que le paiement est fait de ses deniers, & que le Débiteur a consenti la subrogation; sur quof on peut voir *M. de Renuffon, chap. 10 nomb. 14.*

L'Etranger qui paye le Créancier doit, difons-nous, ftipuler la subrogation avec le Débiteur & non avec le Créancier; mais qu'arrivera-t'il, fi au lieu de la ftipuler avec le Débiteur, elle a été faite avec le Créancier? Cette subrogation fera-t'elle nulle, & de nul effet, ou fera-t'elle valable, ou du moins regardée comme une ceflion ou transport, à l'effet de rendre garant le Créancier de la ceflion qu'il a faite?

Pour décider cette question, il faut obferver, que l'Etranger n'a pas droit en payant le Créancier de requerir, ni de ftipuler la subrogation, ni de l'obliger à lui ceder & transporter les droits qu'il a fur fon Débiteur, il peut feulemment acquitter la dette & libérer le Débiteur fans autre formalité.

D'un autre côté, on peut dire que le Créancier peut difpofer au profit de qui bon lui femble de fa créance, & subroger à tous fes droits & hypothèques celui qui le paye. Il agit en cela, comme maître & propriétaire de la dette; & par conféquent en subrogeant cet étranger à fon lieu & place, à l'inftçu & fans le confentement de fon Débiteur, cette subro-

gation ne doit pas être inutile.

De tous ces principes, il faut conclure, que puisque le Créancier peut subroger à ses droits l'Etranger qui le paye, cette subrogation ne pouvant pas être regardée comme une simple cession d'actions, elle doit du moins être considérée, comme une vente ou une cession & transport qu'il a voulu faire de ses droits & hypothèques sur son Débiteur, à l'effet de le rendre garant de cette cession, au cas elle ne puisse pas avoir son effet, à moins qu'il ne soit dit dans l'Acte, qu'elle est faite sans garantie.

Du reste, cette garantie consiste en ce que dans le cas de l'éviction de la chose cédée, le Créancier est tenu de rendre ce qu'il a reçu, si celui qu'il a subrogé ne peut pas être payé, ou s'il a d'autres Créanciers plus anciens, dont les créances absorbent tous les Biens du Débiteur, comme l'enseigne *M. d'Olive, Liv. 4. chap. 26.*

Cet Auteur ajoute de plus, que cela a lieu non-seulement lorsque le Créancier a fait cette subrogation de son pur mouvement, mais aussi lorsqu'il a été contraint de le faire par la voye de la Justice, à la requête d'un autre Créancier qui lui a offert son remboursement en lui délaissant l'hypothèque, ou en lui payant ce qui lui est dû, & la raison qu'en donne

cet Auteur, c'est que l'autorité du Juge qui ordonne le délaissement, & la subrogation, ne change pas l'ordre du droit, pour décharger le Créancier de la restitution du prix ou des deniers qu'il a reçus lorsque son hypothèque se trouve postérieure, n'ayant pas eu dans ce cas droit de faire la subrogation; & il rapporte un Arrêt qui l'a jugé de même.

Sur quoi Me. de Renusson à l'endroit cité, *nombr. 25.* observe que cet Arrêt ne doit être suivi que quand le Créancier a reçu son dû d'un Etranger sans le consentement & sans la participation du Débiteur, & qu'il a subrogé de son chef & de son pur mouvement cet Etranger, par la raison qu'il a disposé de la chose *jure suo & jure domini.*

Mais il a observé que cet Arrêt ne doit pas être suivi dans le cas que le Débiteur voulant se libérer, & changer de Créancier, auroit consenti la subrogation à celui qui lui prêtoit ses deniers pour payer son Créancier, ou qui payeroit pour lui, dans le cas où la subrogation se fait de plein droit; car dans ce cas la subrogation qui seroit faite par le Créancier, seroit inutile, & ne produiroit aucun effet, parce que le Créancier auquel le Débiteur offre son dû, est obligé de le recevoir malgré lui, & il ne peut pas empêcher la

subrogation, quoique le Créancier fasse mention dans sa Quittance, qu'il a subrogé en ses droits; néanmoins le Créancier n'est pas censé faire la subrogation, mais il est seulement censé obéir à la Loi, dans le cas où la subrogation se fait de plein droit, ou dans le cas que le Débiteur a consenti la subrogation, il est censé avoir seulement exécuté la volonté du Débiteur.

C'est pour cette raison, dit cet Auteur, que le Débiteur qui est remboursé, n'est tenu à aucune garantie, & qu'il est seulement garant de ce qu'il reçoit, il n'est pas garant de la solvabilité du Débiteur, ni que le subrogé sera payé: il n'y a aussi aucune suite par hypothèque contre le subrogé; car le Créancier n'a eu intention que de donner Quittance & de libérer le Débiteur à son égard.

Il en est sans doute autrement dans le cas que c'est le Créancier qui fait la subrogation sans le consentement & même sans la participation du Débiteur, au profit d'un Etranger qu'il subroge à ses droits, parce que dans ce cas, comme nous l'avons déjà observé, cette subrogation étant une véritable vente, ou une cession & transport que le Créancier fait de sa dette, il est sujet à la garantie; & s'il s'agit d'une rente ou d'un autre immeuble sus-

ceptible d'hypoteque, il peut le suivre par hypoteque contre le Subrogé ou contre le Cessionnaire, lequel est fonde a exercer les droits du Créancier contre tous les Obligés.

Nous disons donc, que lorsque c'est le Créancier qui fait la subrogation a un Etranger, sans le pouvoir & le consentement du Debitéur, ce n'est pas une simple subrogation, mais une vente, ou une cession & transport que le Créancier fait de sa dette : sur quoi on demande dans le cas que le Débitéur a donné son pouvoir & son consentement à un Etranger de payer pour lui à son Créancier le principal & les arrerages d'une rente, sans parler de subrogation, & sans l'avoir consentie, & que l'Etranger en faisant ce payement, stipule la subrogation avec le Créancier qui la consent par la Quittance, & subroge l'Etranger en tous ses droits, noms, raisons & actions, si cette subrogation ainsi faite, doit étre regardée comme une vente, ou une cession & transport, a l'effet de donner à l'Etranger subroge, l'avantage d'exercer comme l'Acquereur ou Cessionnaire, les droits du Créancier contre tous les Obligés, de même que l'hypotéque qu'il avoit sur les Biens de ce Debitéur ; comme aussi si ce Créancier, au moyen de cette subroga-

tion est garant de son fait, comme un Vendeur ou un cedant, sont garants de la vente ou de la cession ?

Pour la décision de cette question, il faut considérer l'intérêt des quatre personnes qui sont intéressées dans cette espèce. Il y a le Créancier qui subroge : il y a le Débiteur, contre lequel la subrogation a son effet : il y a les Créanciers du même Débiteur, qui peuvent avoir intérêt à la subrogation : & il y a l'étranger qui paye, & qui doit pourvoir à la sûreté de ses deniers.

A l'égard du Créancier qui subroge, il est obligé de recevoir son dû qui lui est offert par l'Etranger, qui a le pouvoir & le consentement du Débiteur de payer, & qui peut consigner au refus du Créancier, & par-là il semble que le Créancier étant ainsi obligé de recevoir son dû malgré lui, ce n'est pas lui à proprement parler, qui dispose de sa rente pour son utilité particulière ; & par conséquent, il ne seroit pas juste qu'il en demeurât garant, mais seulement de son fait ; c'est-à-dire, comme ce qu'il reçoit lui est légitimement dû.

A l'égard du Débiteur qui a prié l'Etranger de payer pour lui, n'ayant pas consenti qu'il fut subrogé au Créancier, l'Etranger doit seulement être remboursé

de ce qu'il a payé pour le Débiteur ; mais il ne peut pas prétendre que la Rente subsiste, & ait son cours à son profit contre le Débiteur, qui ne lui a pas consenti la subrogation, autrement l'Etranger n'auroit fait le payement que pour son intérêt & son utilité particulière, & le Débiteur n'y trouveroit aucun avantage. Il est vrai que l'Etranger qui a payé pour le Débiteur peut bien prétendre la subrogation, à l'effet d'avoir l'hypotéque du Créancier, & de recevoir les deniers qu'il a payés, cela ne faisant point de préjudice aux autres Créanciers du même Débiteur, quand il n'y a point de fraude, & qu'il est constant, que la Rente est véritablement acquittée des deniers de l'Etranger.

Enfin, à l'égard de l'Etranger, qui veut bien faire le plaisir au Débiteur de payer pour lui, pour le libérer d'un Créancier fâcheux ; ou pour rendre sa dette moins onéreuse, il seroit juste qu'il pût en même tems pourvoir à la sûreté de ses deniers ; qu'il pût stipuler la subrogation, & par cette subrogation exercer les memes droits & hypotéques du Créancier contre le Débiteur ; car en voulant faire plaisir au Débiteur de le libérer d'un Créancier fâcheux, il n'a pas voulu risquer ses deniers, le Débiteur pouvant avoir d'autres Créanciers : l'Etranger n'a pas

voulu aussi comme un Acquéreur & un Cessionnaire, acquérir la rente qui peut être chargée d'hypotèques; ainsi il ne seroit pas juste qu'il fût exposé à des actions, en déclaration d'hypotèques, autrement il se trouveroit qu'en voulant faire plaisir au Débiteur, il se feroit préjudice à lui-même.

De tout cela, il faut conclure, que dans l'espèce dont s'agit, la subrogation qui est faite par le Créancier, au profit de l'Etranger, sans le consentement & la participation du Débiteur, est une vente & une véritable cession & transport, de laquelle le Créancier qui a subrogé de son pur mouvement, demeure garant, & que l'Etranger qui acquitte une Rente pour un Débiteur, ne doit pas accepter la subrogation du Créancier, sans le consentement du Débiteur, s'il ne veut pas être exposé aux actions en déclaration d'hypotèques, dont la Rente qu'il acquitte, peut être chargée, ce qui a été ainsi jugé par un Arrêt du 15 May 1679. rapporté par M. de Renusson à l'endroit déjà cité, *nombr. 34.* le même qu'on trouve aussi rapporté dans *le Journal du Palais, Tom. 2. page 39.*

Il faut donc distinguer la cession & transport de la subrogation, l'un & l'autre ayant des effets différens; car la cession est l'ouvrage du Créancier, qui en

recevant son dû, subroge celui qui le paye, à ses droits & hypotèques. La subrogation, au contraire, est l'ouvrage du Débiteur, qui en empruntant pour payer sa dette, subroge l'emprunteur aux droits & hypotèques de son Créancier, & consent qu'il soit à sa place, pour la sûreté de la somme prêtée.

Autre différence remarquable, en ce que la cession transfère la dette, même au cessionnaire; de sorte qu'il entre dans les mêmes droits de son Cédant, & peut les exercer comme lui ayant succédé; & la subrogation ne fait que transmettre à celui au profit de qui elle est faite, le privilège sur les autres Créanciers du Débiteur. La cession étant regardée comme une vente, ainsi que nous l'avons déjà observé, le Cédant en est garant, & doit la faire valoir, mais celui qui fait la subrogation n'en est pas garant, la cession passe avec les charges, & la subrogation les anéantit: tel qui veut une cession pour se procurer un garant, & cet autre une subrogation, pour éviter les actions hypothécaires. *De Renusson, dans ses additions, au Traité des Subrogations, page 528.*

Nous avons dit dans notre Traité, que le droit d'offrir a lieu pendant l'instance du decret & même après l'adjudication, avec

cette distinction, que ce droit peut être exercé pendant l'instance, par tous les Créanciers hypothécaires, en offrant par les derniers aux premiers, le paiement de leurs créances; mais qu'après que le décret a été adjugé, il ne peut être exercé que par les Créanciers hypothécaires qui n'ont pas été appelés ni alloués lors du décret. Sur quoi il faut observer, que le droit d'offrir est accordé aux Créanciers pendant l'instance des criées, & même avant, pour éviter que les Créanciers antérieurs, ne puissent faire consommer en frais les Biens de leur Débiteur au préjudice des Créanciers postérieurs; voilà pourquoi les Loix ont introduit ce droit d'offrir, en permettant aux Créanciers postérieurs d'offrir aux Créanciers antérieurs ce qui leur est dû, tant en capital, intérêts que dépens; & s'ils refusent de recevoir, il est permis de leur consigner; de sorte qu'au moyen de cette consignation, le Créancier postérieur entre dans les droits du Créancier antérieur, & par conséquent il confirme son droit sur la chose hypothéquée : *Qui pignus secundo loco accepit, ita jus suum confirmare potest, si priori creditori pecuniam solverit, aut cum obtulisset eam obsignavit & deposuit, nec in jus suos convertit : Leg. 1. Cod. qui posterior. in pignor habeant.*

Il n'en est pas de meme du Créancier antérieur, qui n'est pas obligé d'offrir au Créancier postérieur ce qui lui est dû, parce qu'ayant une hypothèque antérieure, il peut librement poursuivre son paiement sur la chose hypothéquée, sans avoir besoin de l'hypothèque des Créanciers postérieurs. Il est vrai, que comme le Créancier postérieur, en offrant & en payant réellement ce qui est dû au Créancier antérieur, est subrogé de plein droit à son lieu & place, le Créancier antérieur en payant le postérieur, est pareillement subrogé de plein droit à son hypothèque, d'autant mieux que par le Droit Romain, le Créancier antérieur avoit le droit d'offrir préférentiellement au Créancier postérieur, & que cela doit avoir lieu parmi nous encore à plus forte raison, parce que suivant notre usage, tous les Créanciers hypothécaires ont droit de faire saisir & vendre par decret, les Biens de leur Débiteur.

En effet, il n'est pas douteux que les Créanciers postérieurs n'ayant pas autant de droit que les Créanciers antérieurs, de poursuivre leur paiement sur les Biens de leur Débiteur, il peut arriver qu'un Créancier antérieur pour menager & conserver les Biens du Débiteur commun, qui pourroit être consommé en fraix par un Créancier postérieur qui les feroit vendre, doit

dans ce cas offrir le payement à ce Créancier postérieur, pour faire cesser les poursuites, & empêcher des fraix qui pourroient absorber la valeur du Bien.

Ainsi, quoique par l'usage, tous les Créanciers hypothécaires ayent la liberté de faire saisir & vendre par decret les Biens de leur Débiteur, & que par l'adjudication du decret, les hypothèques de ceux qui ne se sont pas opposés, soient purgées, il est juste néanmoins de laisser aux Créanciers postérieurs, la faculté d'offrir aux antérieurs, ce qui leur est dû pour se procurer le payement de leurs créances, & éviter en meme tems les fraix qui s'augmentent & se multiplient dans un decret, par le nombre des Créanciers.

Enfin il faut observer, que quoique les Créanciers postérieurs ayent la faculté, comme nous venons de le dire, d'offrir le payement aux Créanciers antérieurs, pour acquerir leurs hypothèques, néanmoins dans l'usage, il est libre à ces Créanciers de recevoir ou de refuser le payement qui leur est offert; & la consignation meme de ce qui leur est dû, n'a pas plus de force pour les obliger à l'accepter: tout ce que ces Créanciers peuvent faire sur le refus de recevoir l'offre, c'est de faire saisir les Biens de leur Débiteur, & s'il y a une saisie déjà faite, d'y former

leur opposition pour se faire allouer dans le jugement d'ordre , chacun suivant la date de son hypothèque.

On comprend d'abord que ce que nous venons de dire , ne regarde que le droit d'offrir , qu'on peut exercer avant & pendant l'instance du décret : car à l'égard de celui que les Créanciers sont en droit d'exercer après l'adjudication par décret , il est certain comme nous l'avons observé dans notre Traité , que les offres que les Créanciers qui n'ont pas été appelés ni alloués lors du décret , sont en droit de faire au Décretiste de tout ce qui lui est dû , doivent être acceptées ; & que sur son refus de recevoir , les Créanciers qui font l'offre , doivent configner les sommes par eux offertes dans un dépôt public , & par là le Décretiste est forcé de recevoir les sommes qu'il a employées pour la consommation du décret , & d'abandonner au Créancier qui le rembourse , tous les biens compris au décret.

Il faut enfin observer qu'il n'y a , comme nous l'avons déjà dit , que les Créanciers hypothécaires qui aient le droit d'offrir , & que les Créanciers chirographaires n'ont pas ce droit ; parce que n'ayant aucune hypothèque sur les Biens du Débiteur , ils sont regardés comme des étrangers. Sur quoi on peut voir ce que nous avons dit du droit
d'offrir

Traité des Hypotèques. 241
d'offrir, dans notre *Traité*, tom. 2. page
257, & ce qu'en disent Me. d'Héricourt
Chap. 6. nomb. 22. page 97, & Me. de
Renusson, Chap. 4. nomb. 4. & suivans.



CHAPITRE VII.

DE quelle maniere l'Hypotèque finit & s'éteint.

C'EST un principe certain , que tout ce qui éteint & anéantit la dette , éteint & anéantit aussi l'hypotèque. Ainsi l'hypotèque s'éteint de plusieurs manieres , 1°. par le payement réel de la dette , parce que l'hypotèque n'étant qu'une suite & un accessoire de la dette , le payement réel & effectif qui en est fait , anéantit l'hypotèque. *Si Dominus solverit pecuniam , pignus quoque perimitur , dit la Loi 13. §. 2. ff. de pignor & hypotec. & le payement produit cet effet , non-seulement lorsqu'il est fait par le Débiteur même , mais encore lorsqu'il est fait par un autre , sans ordre ni mandat du Débiteur , & même contre sa volonté ; suivant la disposition de la Loi 1. & 5. ff. quibus modis pign. vel hypotec. solvit. & de la Loi 39. ff. de negotiis gestis.*

Ainsi le payement peut être fait tant par le Débiteur même , que par d'autres per-

fontes que la dette ne regarde point & qui ne sont pas intéressés à l'acquiter; de sorte que par qui que le paiement soit fait, le Débiteur est toujours libéré envers son Créancier, soit qu'il sçache ou qu'il ignore le paiement, & que même il le désapprouve: *solvendo quisque pro alio, licet invito & ignorante, liberat eum, dit la Loi 39 déjà citée*; parce que le Créancier peut recevoir ce qui lui est dû de quelles mains que ce soit, sans qu'il puisse être obligé de le rendre sous quelque prétexte que ce soit; parce que comme dit la Loi 44. ff. de condit. in debit. nulla est repetitio ab eo qui suum recepit, tametsi ab alio quam vero debitore, solutum est.

Sur quoi il faut remarquer que ce que nous disons du paiement fait par autre que par le Débiteur & malgré lui, doit être entendu des sommes légitimement dûes, contre lesquelles le Débiteur ne peut avoir aucune exception légitime; car si le paiement avoit été fait des sommes que le Débiteur auroit eu raison de contester, dans ce cas le paiement seroit mal fait, & celui qui l'auroit fait imprudemment ou de mauvaise foi, ne pourroit point répéter du Débiteur, ce qu'il auroit payé pour lui.

Un Procureur fondé peut aussi faire des payemens pour les Débiteurs, comme il

peut aussi les recevoir pour les Créanciers : mais il faut pour cela qu'il ait une procuration spéciale , qui lui donne pouvoir de payer ou de recevoir , ou une procuration générale , pour l'administration de toutes les affaires ; *comme le décide la Loi 12. ff. de solut.*

Mais si le Créancier , après avoir fait une procuration à une personne , pour recevoir pour lui ce qui lui est dû , revoke cette procuration , & que le Débiteur ignorant cette révocation paye à cette personne de bonne foi , le paiement sera bien fait , & il sera libéré ; comme au contraire il ne le seroit point , s'il avoit payé après que la révocation lui auroit été connue & signifiée. *Suivant la Loi 38. ff. de solut. & la 12. §. 2. Cod. eod.*

Les Tuteurs & Curateurs peuvent payer & recevoir les payemens de ce qui est dû à ceux de qui ils administrent les Biens , & dont ils sont chargés ; ce qui doit s'entendre dans les Pays du Droit écrit , des payemens qui sont faits par le Tuteur aux Créanciers du Pupille , pour libérer son Bien des payemens qui sont faits au Tuteur , lequel est en droit de recevoir ce qui est dû à son Pupille , & de rendre quitte le Débiteur , parce que le Pupille n'étant pas capable de recevoir son paiement par lui-même , son Tuteur est seul per-

sonne légitime pour le recevoir, & en faire quittance. Mais les Curateurs ne peuvent pas libérer les Débiteurs des Mineurs, s'il ne reçoivent le paiement en conséquence d'un jugement qui le permette, ou s'ils ne se chargent eux-mêmes de la somme remboursée, pour la remettre aux Mineurs quand ils auront atteint leur majorité.

Il en est autrement dans les Pays du Droit Coutumier, où la tutelle dure jusqu'à l'âge de vingt-cinq ans, & où par conséquent les Tuteurs ayant l'administration des Biens des Mineurs jusqu'à cet âge, sont personnes légitimes pour recevoir le paiement des sommes qui leur sont dûes, & en faire quittance valable.

Lorsqu'une somme est dûe à deux ou plusieurs Créanciers solidaires; de manière que chacun ait le droit de recevoir le tout, le paiement entier fait à l'un d'eux, libère le Débiteur envers tous les autres; mais s'il n'y a point de solidarité entre ces Créanciers, comme seroient par exemple, des Héritiers, ou Successeurs, lesquels ont droit de prendre chacun sa portion, le paiement fait à un d'eux, ne libérerait pas les autres, comme le décident *les Loix 13. §. dernier, ff. de acceptil. C. 81. §. 1. ff. de solut.*

Mais on demande, si lorsqu'un Débit

teur a payé plusieurs sommes à un même Créancier, il a la liberté d'en payer une seule sans être obligé de les acquitter toutes à la fois; & s'il dépend de lui, d'appliquer le paiement à celle qu'il trouve à propos, ou si c'est le Créancier qui soit le maître de l'appliquer à celle qu'il veut?

Il est décidé dans la Loi 1. ff. de solut. que le Débiteur qui paye une dette d'entre plusieurs qu'il doit à son Créancier, sans dire quelle il entend libérer, le paiement doit être imputé à son choix, sur celle qu'il trouve à propos. *Quoties quis debitor ex pluribus causis unum debitum solvit, est in arbitrio solventis dicere quod potius debitum voluerit solutum; & quod dixerit, id erit solutum.*

Ainsi, lorsque le Créancier a reçu des payemens à compte des sommes qui lui sont dûes, sans que l'imputation en ait été faite de gré-à-gré entre Parties sur aucune de ces sommes, le Débiteur a le choix d'appliquer ces payemens à la somme qu'il lui plaît, qui est ordinairement à la plus pressante, *in duriolem causam*; & ce qu'il y a de singulier, c'est que lorsque le Débiteur ne s'est pas expliqué sur le choix, le Créancier doit se mettre à sa place, & faire ce que le Débiteur devoit faire lui-même; c'est-à-dire, appliquer le paiement à la dette la plus dure & la plus pressante.

comme il a été jugé par les arrêts rapportés par Mr. de Catellan Liv. 5. Chap. 52.

Sur ces principes, on impute plutôt sur une dette, dont le défaut de paiement pourroit être suivi de quelque peine & de quelques dommages & intérêts, ou qui pourroit intéresser l'honneur du Débiteur, que sur une autre, dont il n'y auroit pas à craindre des pareilles suites. Ainsi on impute sur une dette qui porte la contrainte par corps, plutôt que sur celle où il ne peut pas y avoir de contrainte; sur celle qui est dûë sous caution, plutôt que sur celle que le Débiteur doit sans caution: sur celle qui porte intérêt, plutôt que sur celle qui n'en porte pas: sur celle dont le terme est échû, plutôt que sur celle qui n'est pas encore échûë.

On impute encore sur une dette liquide, plutôt que sur celle qui ne l'est pas, & pour laquelle il y a contestation entre Parties; sur celle qui est exigible purement & simplement, plutôt que sur celle qui est dûë conditionnellement. Et enfin, lorsque toutes les dettes sont égales, on impute sur la plus ancienne. Sur quoi on peut voir les *Loix l. 3. 4. & 5. ff. de solut.* & *Mr. Boutaric dans ses Institutions, Liv. 3. Tit 30.*

Lorsque le Débiteur de plusieurs sommes, qui de leur nature portent intérêt,

comme sont les Dots, les Contrats de vente, & les sommes dont il y a condamnation, a fait plusieurs payemens en différens tems, & que ces payemens ne fussent pas pour acquitter les capitaux avec les intérêts, on impute ces payemens en premier lieu, sur les intérêts, & le surplus sur les capitaux. *Generaliter constitutum est prius in usuras nec minus in solutum accepto ferendum, ad eas usuras videtur pertinere quas debitor exsolvere cogitur, dit la Loi 5. §. 2.*

Il en est autrement suivant Me. Bou-taric à l'en droit cité, dans le ressort du Parlement de Paris, où l'usage est d'imputer les payemens sur les capitaux, plutôt que sur les intérêts, à l'exception de deux cas; sçavoir, le premier à l'égard des rentes constituées, dont les arrerages sont toujours payés avant le principal, & le second, à l'égard des dettes qui portent intérêt de leur nature, comme sont les Dots, les légitimes des Enfants, & les deniers provenans du prix de la vente d'un immeuble.

Ce que nous disons de l'imputation des payemens sur les intérêts, plutôt que sur les capitaux, a lieu dans le cas même que le Créancier auroit inséré dans les quittances, qu'il recevoit ces payemens, tant à compte du capital, que des intérêts. *Comme il est décidé dans la Loi 5. §. der*

nier, ff. de solut. déjà citée.

Nous avons dit que lorsqu'un Débiteur de plusieurs sommes fait divers payemens, il peut les appliquer à la somme qu'il veut; sur quoi on demande si un Pere, qui en mariant sa Fille, lui constitue une somme pour tous droits paternels & maternels, ou bien lui constitue deux sommes différentes; l'une pour ses droits paternels, & l'autre pour ses droits maternels, & qu'ensuite il paye une certaine somme sans dire *in quam causam*, le Pere peut appliquer ce paiement aux droits qu'il doit de son chef, ou aux droits maternels qu'il doit aussi à sa Fille du chef de sa Femme?

Cette question qui depend du principe que nous avons déjà posé, que les payemens s'imputent toujours *in durio rem causam*, a été cependant jugée diversement au Parlement de Toulouse, suivant les Arrêts de Mr. de Catellan rapportés au Liv. 5. Chap. 53. En effet, cet Auteur rapporte un Arrêt du 22 Novembre 1670 & un autre du 3 Avril 1660 qui ont jugé, que le payement étoit présumé fait dans ce cas, plutôt sur les droits que le Pere avoit constitué de son chef, que sur les droits maternels.

Mais cet Auteur en rapporte tout de suite un autre arrêt du 16 Mars 1693 qui a

jugé au contraire, qu'un Pere qui avoit constitué à sa Fille une certaine somme pour tous les droits paternels & maternels, & payé ensuite une portion de cette somme, sans exprimer pour quelle cause, ce paiement devoit être imputé sur la dette la plus ancienne, qui étoit celle de la Mere, les Biens du Pere étant en distribution. Sur quoi Me. Vedel, dans ses observations sur cet Auteur, remarque, que ce dernier Arrêt étant contraire à la disposition du Droit, ne doit pas être regardé comme un préjugé décisif dans cette matiere. En effet, étant décidé dans le droit, *en la Loi 97 ff. de solut.* que le Débiteur qui paye, est censé vouloir plutôt se libérer de ce qu'il doit de son chef, que de ce qu'il doit comme caution, lorsqu'en payant il ne s'est point expliqué; il s'en suit nécessairement, que le Pere qui a payé une partie de la Dot de sa Fille, a entendu que ce paiement seroit plutôt imputé sur ce qu'il doit de son chef, que de ce qu'il doit du chef de sa Femme, quoiqu'il soit chargé de payer les droits maternels.

Ainsi, quoique la dette des droits maternels soit la plus ancienne, on ne doit pas néanmoins faire l'imputation sur cette dette, puisque la Loi n'ordonne cette imputation, que lorsqu'il ne se trouve point

d'imputation plus avantageuse à faire en faveur du Débiteur: or dans le cas que le Pere se trouve débiteur des sommes constituées à sa Fille, tant de son chef, que du chef de sa Femme, l'imputation sur ce qu'il doit de son chef, lui est sans doute plus favorable, que sur ce qu'il doit du chef de sa Femme. Il faut nécessairement conclurre que les payemens que ce Pere a fait, sans dire *in quam causam*, doivent s'appliquer à sa propre dette: aussi, Mr. de Catellan, après avoir rapporté l'Arrêt contraire dont nous avons parlé, & les motifs de cette diversité de Jurisprudence, fait comprendre que la question fut trouvée douteuse, & que l'Arrêt rapporté dans Mr. Dolive au *Liv 4. Chap 10.* dans la nouvelle addition, entraîna la balance du côté des Créanciers, ce qui prouve que cet Auteur ne donne pas cet Arrêt pour un préjugé décisif, parce qu'il n'a été rendu que sur des circonstances particulières prises de la faveur des Créanciers, & qu'il est évidemment contraire à la disposition du Droit, comme nous l'avons déjà expliqué.

Enfin, les payemens sont d'une si étroite rigueur, qu'on ne peut pas obliger le Créancier de recevoir des meubles ni du Bien-fonds, au lieu de l'argent comptant qui lui est dû. Nous ne suivons pas en

France la Nouvelle 4. Chap. 3. d'où a été prise l'autentique. *Hoc nisi Debitor Cod. de solut.* qui donne cet avantage au Débiteur, de se libérer de la manière qu'il trouve à propos. Nous suivons au contraire en cela, le Droit Romain, suivant lequel, *aliud pro alio invito creditore solvi non potest*, Leg 2. §. 1. ff. *de reb credit.* Mais rien n'empêche, que si le Créancier consent de recevoir en paiement des meubles ou du fonds & autres choses, à la place de l'argent qui lui est dû, le paiement ne soit bien fait, & le Débiteur libéré: comme le décide Justinien dans ses *Institutes*, Liv. 3. tit. 30, & la Loi 17. au *Code de solut.*

Il y a néanmoins un cas, où le Débiteur peut forcer son Créancier de recevoir en paiement de ce qu'il lui doit, des meubles & effets mobilières, & même des Biens-fonds en paiement: c'est celui où le Débiteur fait faillite & un abandon de ses Biens à ses Créanciers, & que ceux-ci délibèrent de recevoir en paiement de leurs créances, les effets & Biens abandonnés, pour empêcher qu'ils ne soient vendus à vil prix, ou que la valeur n'en soit absorbée par les frais de Justice. Ainsi dans ce cas les Créanciers sont obligés de se payer en effets au lieu d'argent comptant, ce qui doit néanmoins être entendu des cas

où les Biens dont l'abandon est fait, ne consistent qu'en meubles & effets mobilières; car s'il y avoit des Biens-immuables, les Créanciers pourroient les faire vendre d'autorité de Justice en la forme que nous l'avons expliqué dans notre Traité, en préférant toujours les Créanciers privilégiés & hypothécaires, à tous les autres; *sur quoi on peut voir les Art. 6. 7. & 8. du Titre 11. de l'Ordonnance du Commerce de 1673.*

2°. L'hypothèque est éteinte par tout ce qui équipolle ou tient lieu de paiement, comme sont les offres réelles faites aux Créanciers, & les consignations faites dans un dépôt public, sur leur refus de recevoir les sommes offertes. 2°. Lorsqu'un Créancier se contente d'une caution, & décharge le Débiteur. 3°. Lorsque le Débiteur appelé en Justice, jure avoir payé, & ne rien devoir, & qu'il est absous de la dette par un jugement qui n'est point attaque. Dans tous ces cas, & autres semblables, auxquels l'obligation est éteinte, l'hypothèque ne subsiste plus.

Mais si le paiement, ou tout ce qui devoit en tenir lieu, n'avoit point eu d'effet, l'hypothèque révivroit en faveur du Créancier, qui rentreroit dans tous ses droits; comme par exemple, dans le cas où il auroit pris en paiement une dette

dont il n'auroit pû être payé, ou un fonds dont il auroit été évincé, ou l'obligation d'un Mineur, dont celui-cy se seroit fait relever; ces sortes de payemens n'ayant produit aucun effet, la dette & l'hypotèque reprennent leur force & leur exécution.

Il en seroit autrement, si un Créancier majeur s'étoit contenté pour son paiement d'une cession ou transport d'une dette, à ses périls, risques & fortunes, & avoit fourni sa quittance finale de tout ce qui lui étoit dû, dans ce cas, sa dette & son hypothèque seroient éteintes, quoique le Créancier ne puisse pas être payé de la somme cédée, par la raison que ce Créancier ayant accepté, & pris sur son compte cette cession, & s'étant chargé de tous les événemens sans aucune garantie, est censé avoir renoncé à son hypothèque.

3°. L'hypotèque prend fin par la compensation qui se fait d'une dette avec une autre; ainsi la compensation est un acquit réciproque entre deux personnes qui se trouvent en même tems Débiteurs l'un de l'autre; comme par exemple, si un héritier est chargé d'un Legs envers un homme qui est son débiteur: ou si deux personnes se doivent réciproquement des sommes prêtées, ou si l'un a fait des recettes & des dépenses pour l'autre, dans

tous ces cas, & autres semblables, il y a lieu à la compensation, afin qu'il ne se fasse pas autant de payemens qu'il y a de dettes. De sorte que de deux personnes, l'une paye à l'autre ce qu'elle lui doit, & qu'elle reçoive ensuite ce qui lui est dû, ce qui causeroit des grands embarras; parce que, comme dit le *Jurifconsulte*, en la *Loi 3. ff. de solutionibus*: *Utilius est non solvere, quàm repetere solutum.*

Ainsi la compensation a été introduite, pour éviter le circuit de deux payemens qu'il faudroit faire, lorsque deux personnes se doivent réciproquement. De sorte que la compensation d'une dette avec l'autre, se fait de plein droit, à concurrence de ce qui est dû; c'est-à-dire, que si les sommes sont égales, elles sont compensées l'une avec l'autre; & que si elles ne sont pas égales, la compensation se fait à concurrence de la moindre somme avec la plus grande.

Sur quoi il faut observer, que pour que cette compensation se fasse de plein droit, il faut que les sommes dont on demande la compensation, soient liquides & certaines; car si les sommes étoient illiquides, ou qu'une d'icelles fût liquide, & que l'autre ne le fût pas, il n'y auroit pas lieu à la compensation. *Suivant la Loi dernière de compensat.*

Il y a encore d'autres cas , auxquels la compensation n'est pas reçue : comme par exemple , d'une somme prescrite, avec une autre qui ne l'est pas , ni d'une dette exigible , avec le capital d'une rente constituée , ou autre somme qui n'est pas exigible , ou dont le terme du payement n'est pas encore échû. De sorte qu'on ne peut pas compenser une somme due à jour , avec une autre dont le jour n'est pas arrivé , ni une dette pure & simple , avec une autre qui n'est due que sous une condition , dont l'événement n'est pas encore arrivé. Mais si la dette étoit pure & simple dans son origine , & que le Débiteur eût obtenu du Créancier ou de la Justice un délai pour payer , un tel délai accordé par grace au Débiteur , n'empêcheroit pas la compensation avec ce qui lui seroit dû par ce Créancier , parce que ce délai qui n'est accordé au Débiteur que pour lui faire plaisir , ne fait point partie de l'obligation , & ne peut point porter préjudice au Créancier , *comme il a été jugé par l'Arrêt rapporté par Papon , Liv. 12. Tit. 6. nombre 3.*

On ne peut pas non plus compenser une somme due par une obligation , avec une autre qui a été adjugée par un Jugement ou Sentence , dont il y a appel ; parce que si on compensoit une telle somme, il pour-

roit arriver que le Jugement ou Sentence venant à être reformée, on auroit compensé une dette qui n'est pas due, avec une autre qui est due, ce qui rendroit la compensation inutile, & reduiroit le Créancier à une simple action pour le payement de sa dette.

Ainsi, pour que la compensation ait lieu, il importe peu de quelles causes les dettes proviennent, pourveu qu'elles soient mobilières, claires, liquides, & exigibles de part & d'autre. On appelle dette mobilière, une chose qui consiste en argent, en meubles, en grains, & autres choses de cette espèce, parce qu'on ne compense jamais des choses mobilières avec des immeubles, comme nous le dirons bien-tôt.

On appelle dettes claires & liquides, les dettes certaines, pour lesquelles il n'y a point de contestation, & qui est actuellement exigible. Mais pour que la compensation puisse se faire de ces dettes, il faut qu'il y ait entre elles une ressemblance, & une identité parfaite, & qu'elles soient de même nature; c'est-à-dire, qu'elles consistent en poids, nombre, & mesure. *Ut compensationi locus sit, oportet ut eo tempore, ex utraque parte, omnia paria sint & liquida. Leg. 4. C. 14. § 1. Cod. de compensat.* parce que par cette res-

semblance & identité, on feint, que celui qui doit une somme, & à qui pareille somme est due par son Créancier, a payé ce qu'il devoit, & a reçu en même temps ce qui lui étoit dû.

De-là vient qu'on ne compense pas du bled ni du vin avec des fruits d'une autre nature, si ce n'est que les Parties y consentent: on ne compense pas non plus des choses corporelles, comme sont le bled, le vin, l'huile, & autres choses semblables, avec des choses incorporelles, comme sont les immeubles, les actions, & autres droits incorporels, par la raison que les compensations étant des payemens, on ne peut pas payer une chose pour une autre, comme nous l'avons dit, malgré le Créancier, ni par conséquent compenser que ce qui peut être donné en payement, comme *il est décidé par la Loi 2. § 1. ff. de reb. credit.*

Ainsi un héritier qui seroit chargé de donner une maison ou un héritage à un Légataire, ne pourroit pas l'obliger de compenser ce fonds avec une somme que ce Légataire pourroit lui devoir; ni le Débiteur d'une rente fonciere non rachetable, ne pourroit l'amortir par la compensation d'une somme que le Créancier de la rente pourroit lui devoir, mais il pourroit la compenser avec les arrérages de cette

rente, qui seroient échûs.

En un mot, la maniere la plus naturelle d'acquitter la dette par compensation ou autrement, est de payer ce que l'on doit en espèce, de la même maniere qu'on le doit; comme de l'argent pour de l'argent, du bled pour du bled, du vin pour du vin, & autres choses semblables; parce que la compensation qui est un véritable payement, doit être faite de la même maniere par des choses d'une même espèce & d'une même nature.

Nous disons qu'on ne peut pas compenser une chose illiquide avec une dette liquide. Il y a néanmoins une exception à l'égard d'une chose illiquide, qui peut facilement être liquidée & en peu de tems: comme par exemple, si Titius doit une somme d'argent à Mævius, & que Mævius doive à Titius une quantité des grains ou de marchandise dont l'estimation puisse être faite dans peu de tems: quoique dans ce cas comme nous l'avons dit, la compensation ne puisse en être faite de plein droit, parce que les deux dettes ne sont pas d'une même nature, & liquides dans le même tems, néanmoins, le Juge doit dans ce cas accorder un délai au Débiteur, pour faire liquider au plûtôt par des Experts, la valeur des grains ou des marchandises qu'il a opposé en com-

penfation : comme l'enseigne Ferriere dans son *Dictionnaire de la pratique*, sous le mot *Compensation*.

Il faut remarquer , que les dettes quoique claires & liquides n'entrent pas en compensation dans le cas qu'elles peuvent être annullées par quelque exception ; comme par exemple , celui qui doit à un Mineur ou à un Fils de famille , ou à une Femme mariée , par une obligation dont ils peuvent se faire relever ; si dans la fuite ils en font relevés , la dette n'existant plus , il ne peut pas y avoir de compensation à faire , *Ferriere ibidem*.

Mais deux dettes , dont l'une porte intérêt & l'autre n'en porte pas , peuvent être compensées l'une avec l'autre , de sorte que cette compensation se faisant de plein droit , la somme qui porte intérêt , est comme éteinte par l'autre qui n'en porte pas , dumoins à concurrence d'une somme à l'autre. Comme par exemple , si Pierre est condamné de payer à Jean une somme de 1000 liv. avec l'intérêt , & que Jean doive à Pierre une pareille somme de 1000. liv. la compensation se fait de plein droit des deux sommes , à l'effet d'arrêter le cours des intérêts de la somme dûë par Pierre , de manière qu'ils ne pourront se rien demander l'un à l'autre , du moment de cette compensation.

Mais si au contraire, la somme dûë par Pierre à Jean étoit de 1000 liv. & que celle qui seroit dûë à Pierre par Jean, fût de 2000 liv. la somme de 1000 liv. seroit compensée avec une pareille de 1000 liv. & le surplus qui est 1000 liv. resteroit dû par Jean avec l'intérêt, jusques au parfait paiement fait à Pierre. *Cum alter alteri pecuniam sine usuris, alter usurariam debet, constitutum est, concurrentis apud utrumque quantitatis usuras non esse præstandas, dit la Loi 11. ff. de compensat.*

Lorsque celui qui doit un capital & des intérêts, veut compenser avec ce qui lui est dû par son Créancier, ce Créancier contre lequel il veut se servir de la compensation, est en droit de demander, que la compensation soit d'abord faite avec les intérêts qui sont échus, & ensuite avec le capital.

De ce que nous venons de dire, il s'en suit, que la compensation n'a lieu qu'entre personnes qui se trouvent avoir en leur nom, la double qualité de Créancier & de Débiteur; de sorte que si un Débiteur exerce contre son Créancier, un droit qui ne lui appartienne pas de son chef, comme seroit par exemple un Tuteur, qui demanderoit ce qui est dû à son Mineur, ou un Procureur fondé qui poursuivroit le Débiteur de celui qui l'a constitué, la com-

penfation de cette dette n'auroit pas lieu avec ce que ce Tuteur ou ce Procureur pourroient devoir de leurs chefs à ce Débiteur, parce que n'étant qu'administrateurs, ils ne peuvent ufer à leur profit d'un droit qui leur est étranger, *fuyant la Loi 23. ff. de compensat.*

Il en est de même de l'Héritier bénéficiaire, qui ne peut pas compenser ce qu'il doit avec ce qui est dû à la fuccellion, ni compenser ce qui lui est dû, avec ce que la Succellion doit, parce qu'au moyen du bénéfice d'inventaire, il n'a point fait de confufion de fon Bien avec celui de l'hérédité; mais fi celui qui étoit débiteur du défunt, n'est devenu Créancier que depuis que la Succellion lui est échûe par le moyen de quelque celfion ou fubrogation par lui prife de quelque Créancier, la compensation a lieu dans ce cas de ce qu'il doit à la Succellion, avec ce qui lui est dû du prix de cette fubrogation, *fuyant Ferriere, à l'endroit déjà cité.*

Il en est fans doute autrement de l'Héritier pur & fimple: Si celui-ci doit à la Succellion, & que la Succellion lui doive en même tems, il fe fait de ces deux dettes une compensation de droit par la confufion des droits de l'Héritier, avec ceux du défunt qu'il représente.

Il en faut dire de même du Celfionnai-

re d'une dette ; c'est-à-dire , que le Débiteur du Cédant , peut demander contre le Cessionnaire la compensation de ce qu'il doit , avec ce qui lui est dû par le Cédant , quoique la somme cédée n'ait pas été faillie ni arrêtée , avant la signification de la cession ou transport , parce que l'on présume toujours que la cession a été faite en fraude , & pour éluder la compensation qui est attachée & inhérente à la dette cédée ; puisqu'il est certain que du moment que les deux dettes sont exigibles , elles ne peuvent plus être séparées , & qu'elles sont compensées de droit l'une avec l'autre : sur quoi on peut voir *Ferriers , ibidem.* Lange dans sa Pratique , sous le mot *compensation* , & Papon en ses *Arrêts* , *Liv. 12. tit. 6. nomb. 2.*

Les cessions dans cette matiere sont si peu favorables , qu'il a été jugé , que dans le cas que deux Parties ont obtenu des dépens l'une contre l'autre , & que l'une d'elles , pour éluder la compensation , aye cédé à un tiers son exécutoire desdits dépens , l'autre peut s'opposer à l'exécution de la cession , & demander que la compensation soit faite de somme concurrente à autre , suivant l'Arrêt rapporté par *Papon* , à l'endroit cité nomb. 5.

De-là que le Cessionnaire représente son Cédant , le Tiers - Acquéreur représente

aussi son Vendeur , à l'effet de la compensation ; c'est-à-dire , que comme le Cessionnaire peut faire valoir les droits de son Cédant , le Tiers-Acquereur qui est inquieté par un Créancier de son Vendeur , dont il est aussi débiteur , peut lui opposer les mêmes compensations que son Vendeur pouvoit lui opposer , comme étant à son lieu & place , *Ferriere, ibidem.*

Enfin la compensation peut être opposée non-seulement par le principal Débiteur , mais encore par la caution ; de sorte que si la Caution est poursuivie par le Créancier , en payement de la somme dont il a répondu , elle peut opposer la compensation , non-seulement de ce que ce Créancier lui doit en particulier , mais même de ce qu'il doit au principal Débiteur , suivant *Lange, à l'endroit déjà cité.*

Nous avons dit que la compensation a lieu , toutes les fois que les dettes sont claires & liquides ; mais il y a plusieurs cas où cette compensation n'a pas lieu , quoique les dettes soient de cette nature.

1°. La compensation n'a pas lieu contre le Fisc ni contre le Prince , pour les droits Fiscaux , ni pour les charges publiques ; ainsi le Débiteur des charges publiques , comme sont les Tailles , Aydes , Vingtièmes , Capitations & autres Impôts appartenans au Fisc ou au Prince , ne peuvent

vent pas demander la compensation de ces charges , avec ce qui peut leur être dû d'ailleurs par le Prince ; parce que la nature & l'usage de ces contributions destinées aux besoins de l'Etat , font que rien ne peut en retarder le recouvrement.

De ce principe , il faut conclure que la compensation peut encore moins avoir lieu de ces charges , avec ce qui peut être dû par les Commis & Préposés , pour en faire le recouvrement ; de sorte qu'un particulier cottisé dans le Rolle de ces charges , ne peut point compenser ce qui lui seroit dû par le Collecteur ou autre Préposé , avec ce qu'il devoit pour sa cottisation , comme le décident *les Loix 3. au Code, §. 20. ff. de compensat.*

Il en seroit de même d'un Receveur ou Collecteur de ces charges publiques , lequel ne peut point compenser avec les deniers de sa Recette , ce que le Receveur général pourroit lui devoir , parce que ces charges sont comme nous l'avons déjà dit , des dettes privilégiées , qui n'entrent pas en compensation avec d'autres sommes.

Mais si par exemple , lorsque le Roi a acquis des Biens par confiscation , par déshérence , ou par droit d'aubaine , il se trouve des dettes actives , dont les Débiteurs soient en même tems Créanciers de celui à qui les Biens appartennoient , la

compensation dans ce cas est reçue, comme pour d'autres sommes non privilégiées : *Ut debitoribus fisci, quid fiscus debet compensetur, sæpè constitutum est, excepta causa tributoria & stipendiorum, item pretio rei à fisco emptæ, & quod ex causa annonaria debetur, dit la Loi 46. §. 5. ff. de jure Fisci.*

2°. La compensation n'a pas lieu, pour ce qui est dû pour les vivres d'une Armée, parce que ce qui regarde le bien public, doit prévaloir au bien particulier, ni ce qui est dû à une Ville pour les droits qu'on exige pour le port ou transport des marchandises, ou pour l'argent destiné à l'achat du bled ou de l'huile, ni pour les alimens. Toutes ces choses sont si privilégiées, qu'elles n'entrent pas en compensation avec d'autres, suivant *la Loi 3. au Code de compensat.*

3°. La compensation n'a pas lieu en matière de dépôt volontaire ou nécessaire & du prêt : ainsi, celui qui a reçu une chose en dépôt, & celui qui a emprunté une somme, ne peuvent pas compenser ce qu'ils ont reçu, avec une dette que le maître de la chose déposée ou empruntée, pourroit leur devoir, à cause du privilège de ces choses ; le Depositaire & l'Emprunteur, seroient dans ce cas obligés de rendre ce qu'ils auroient reçu à ce titre,

fauf à eux à exercer leur action contre leurs Debiteurs, comme ils trouveroient à propos. *Si quis pecunias, vel res quasdam per depositionis acceperit titulum, eas volenti ei qui deposuit reddere, illico modis omnibus compellatur, nullamque compensationem vel deductionem, vel doli mali exceptionem apponat, dit la Loi II. au Code depositi.*

Il en seroit de même, si deux personnes se tenoient l'une à l'autre quelque chose en dépôt, la compensation n'auroit point lieu entre elles; mais chacune seroit tenue de rendre ce qu'elle auroit reçu en dépôt. *Sed si ex utraque parte, dit la Loi citée, aliquid fuerit depositum, nec in hoc casu compensationis præpeditio oriatur, sed depositæ quidem res vel pecuniæ ab utraque parte, quam celerrimè, sine aliquo obstaculo restituantur.*

4°. La compensation n'a pas lieu en matière de retrait lignager, parce que pour parvenir à ce retrait, il faut faire un remboursement actuel & en deniers comptans du prix du fond qu'on veut retraire, sans quoi on n'y est point admis, jusques-là qu'il a été jugé, que le Retrayant doit non-seulement offrir à deniers découverts l'enuer prix du fonds vendu, mais encore qu'il doit les consigner dans l'an & jour, selon les règles prescrites en matière de

consignations, pour pouvoir être reçu au retrait, suivant l'Arret rapporté par *Cam-bolas*, Liv. 2. Chap. 17. & *M. de Catelan*, Liv. 3. Chap. 11. d'où il est clair que le prix du retrait ne peut pas être compensé avec ce que le Possesseur du fonds peut devoir au Retrayant.

5°. En matiere de complainte & de réintégrande, il ne peut pas y avoir de compensation, suivant la maxime: *spoliatus antè omnia restituendus est*, & *spoliato non obijcitur compensatio*, comme le décide Godefroy dans ses Nottes, sur la *Loi 10. au Code de compensat.*

Ainsi, celui qui a expulsé ou déjetté son Debiteur du fonds ou du droit réel dont il étoit en possession, ne peut pas prétendre de retenir ce fonds ou ce droit réel, en compensation de ce qu'il lui doit, parce que les voyes de fait sont défendues en France, & que d'ailleurs la compensation, comme nous l'avons déjà dit, ne peut pas avoir lieu d'une somme avec un immeuble.

6°. La compensation n'a pas lieu à l'égard des Pensions viagères & alimentaires, non plus qu'avec les arrérages qui en sont dûs, suivant la *Loi 3. au Code de compensat.* déjà citée, parce que ces dettes sont si favorables & si privilégiées, qu'elles ne peuvent recevoir aucun retardement: ainsi une personne condamnée à

payer une Pension alimentaire à une autre, ne peut point demander la compensation du montant de cette Pension, avec une somme qui lui seroit dûe par celui à qui la pension a été adjudgée, quand même cette somme seroit égale, ou qu'elle surpasseroit même cette Pension, sauf à ce Créancier à exercer son action contre le Pensionnaire, pour se procurer son payement.

7°. Lorsqu'il y a une Saisie réelle & générale sur les Biens d'un Débiteur, & que pendant l'instance de distribution, on devient Créancier & Débiteur sur les Biens saisis, ce nouveau Créancier ne peut pas demander la compensation de ce qu'il doit avec ce qui lui est dû, à cause de l'intérêt des autres Créanciers, qui avoient un droit acquis & certain sur la distribution avant cette créance; mais si avant la saisie générale, on étoit Créancier & Débiteur du Saisi, on pourroit dans ce cas demander la compensation d'une somme avec l'autre, que le Juge déclare dans ce cas avoir été faite avant la Saisie.

8°. Suivant la disposition de la Loi 9. au Code de compensat. un Créancier n'est pas obligé de compenser ce qu'il doit à un tiers, autre que son Débiteur, si ce Débiteur ne rapporte une cession du Cré-

ancier ; ainsi pour qu'une telle compensation puisse être demandée , il faut que le Débiteur rapporte la cession de la dette , parce qu'au moyen de cette cession , il devient lui-même Créancier & Débiteur de son Créancier , à l'effet de la compensation.

Sur quoi il faut observer que quoique la cession ait moins coûté que ne vaut la somme cédée , le Débiteur peut néanmoins la faire valoir , & compenser en plein la somme cédée avec ce qui est dû au Créancier. Il est vrai que suivant les Loix *per diversas, & ab Anastasio Cod. mandati*, le Cessionnaire d'une somme ne peut répéter sur le Débiteur de cette somme , que ce que la cession lui a coûté ; mais comme l'a observé *M. de Catellan, Liv. 3. chap. 71.* cela doit être entendu du cas où le Cessionnaire a acheté l'action , dans le dessein de vexer le Débiteur , & non lorsqu'il l'a achetée pour augmenter ses hypothèques , ou pour compenser ce qu'il doit avec ce qui lui est dû par son Créancier : décidant au premier cas que le Cessionnaire ne peut exiger que ce que la cession lui a coûté ; & au second cas , qu'il peut faire valoir en entier la cession contre son Créancier.

Il est de règle , que quoique la compensation d'une dette avec une autre se fasse de plein droit , elle ne peut pas être

féparée par le Juge ; mais que lorsque les Parties l'ont opposée , le Juge peut l'admettre , & la déclarer faite de plein droit , du jour que les Parties se sont respectivement dûes ; de sorte que de ce jour-là , la compensation tient lieu de paiement pour le capital ; & fait cesser le cours des intérêts.

Enfin , la compensation se faisant de plein droit , le Juge peut dans le cas des demandes respectives des Parties , compenser d'office leurs dettes reciproques ; soit qu'elles puissent acquitter entièrement les Parties , ou après la compensation faite de somme concurrente à autre , l'une doive quelque chose à l'autre , auquel cas le Juge doit après avoir fait ladite compensation , condamner le Débiteur à payer le surplus , comme le décide *Justinien* , dans ses *Institutes* , *Liv. 4. tit. 6. §. 30.*

Du reste , la compensation étant une exception peremptoire , peut être opposée en tout état de cause , après une Sentence , & en cause d'appel , & même après un Arrêt , parce que c'est une exception qui tient lieu de paiement , & qui par conséquent est proposée plutôt contre l'exécution , & pour empêcher le paiement , que contre l'action qui est intentée ; sur quoi on peut voir *Guipape* , *question 567.* & *Ferriere* dans son *Dictionnaire de*

la Pratique, sous le mot Compensat.

3°. L'hypothèque s'éteint par la novation; c'est-à-dire, par le changement d'une obligation en une autre, ou lorsque l'obligation d'une personne passe à une autre; de sorte que la dernière prenant la place de la première, éteint la dette & l'hypothèque qui en est l'accessoire, à moins d'une reservation expresse: *Novata debiti obligatio pignus perimit, nisi convenit ut pignus repetatur. Leg. II. §. I. ff. de pignor. actio.*

Mais il faut observer que pour que la novation ait lieu, il ne suffit pas qu'il y ait une seconde obligation, il faut encore qu'il paroisse que le Créancier & le Débiteur, ont eu intention d'éteindre la première; comme par exemple, s'il étoit dit dans la seconde obligation, qu'on innove la première, si après un Contrat de vente, dont le prix n'étoit pas encore payé, le Vendeur prend une obligation de l'Acheteur, causée de prêt, pour la somme qu'il devoit du prix de la vente; dans ce cas on présume que le Contrat de vente demeure acquité, & que le Vendeur a innové. *Novatio est prioris debiti in aliam obligationem civilem vel naturalem transfusio atque translatio; novatio enim à novo vel à nova obligatione nomen accipit, Leg. I. ff. de novat. & delegat.*

Ainsi la novation se fait, soit que dans une seconde obligation on change de Débiteur, soit qu'on n'en change pas, & qu'on traite avec la même personne obligée, on peut même innover plusieurs obligations, & les éteindre toutes par une seule, pourvu toutesfois que la clause de novation y soit insérée, sans quoi la première obligation subsiste aussi bien que la seconde, *suivant la Loi 2. & la Loi dernière du titre déjà cité.*

Mais si le Créancier & le Débiteur font entre eux quelque changement à une première obligation, soit en y en ajoutant une nouvelle, ou une caution, ou en les ôtant; soit en augmentant ou diminuant la dette, ou en donnant au Débiteur un plus long terme pour payer, soit en rendant la première obligation conditionnelle, si elle étoit pure & simple, ou en la rendant pure & simple, si elle étoit conditionnelle; dans tous ces cas, & autres semblables, la première obligation n'étant pas éteinte par la seconde, il n'y a pas de novation, & l'hypothèque qu'on avoit par la première, subsiste dans toute sa force, comme le décide Justinien dans ses *Institutes*, *Liv. 3. tit. 30. §. 3.* & dans la *Loi dernière, au Code, de novat. & delegat.*

En effet, pour qu'il y ait novation, il

faut qu'il soit dit nommément dans la seconde obligation, que le Créancier se départ de la première, & de l'hypothèque qui lui étoit acquise en conséquence, comme il a été jugé par l'Arrêt rapporté par *M. de Cateilan*, *Liv. 5. chap. 68.*

La novation se fait encore par la délégation parfaite, comme par exemple, lorsque le Débiteur a cédé à son Créancier ce qu'il lui doit, à prendre sur quelqu'un de ses Débiteurs, & que la cession a été acceptée par le Débiteur délégué. Par cette délégation, il se fait une novation de droit, qui n'a pas besoin d'être exprimée, parce que la seule acceptation du Débiteur délégué & du Créancier, produit cet effet, que le Débiteur est entièrement libéré envers son Créancier, en faveur de qui il a fait la délégation, & que le Débiteur délégué l'est aussi envers son Créancier qui l'a délégué, ce qui produit une véritable novation, qui anéantit entièrement la première obligation.

De-là que la novation anéantit l'obligation précédente, elle anéantit aussi tout ce qui en est l'accessoire : *Extincta principalis extinguitur accessorium*, dit la *Loi 178. ff. de regul. jur.* Ainsi l'hypothèque, de même que les cautions & les autres accessoires de cette première obligation ne subsistent plus, & les intérêts cessent

de courir. *Novatione legitimè factà liberantur hypothecæ, & pignus; usuræ non currunt. Leg. 18. ff. de novat. & delegat.* Tels sont les effets & les suites de la novation.

Sur quoi il faut remarquer, qu'à l'égard des Cautions, la novation imparfaite & insuffisante pour l'extinction de la première obligation suffit, pour leur décharge, ainsi par exemple, lorsque le Créancier, par une seconde obligation proroge le terme de la première, ou convertit une obligation, dont les deniers sont exigibles en un contrat de Constitution de rente, dans tous ces cas & autres semblables, quoique la novation ne soit pas parfaite pour éteindre la première obligation, néanmoins elle suffit pour éteindre l'obligation des cautions; *Suivant Guipape, Quest. 117. & Ranchin, dans ses Annotations sur cette question, sur quoi on peut voir Me. Boutaric dans ses Instit. Liv. 3. tit. 21. § 2.*

Enfin, il faut remarquer que pour que la novation soit valable, il faut que la seconde obligation soit aussi valable civilement ou naturellement; car si elle étoit nulle, la première obligation subsisteroit, & la seconde seroit comme non avenue; ainsi lorsque la seconde obligation a été contractée par un Pupille, un Furieux, un

Prodigue, ou un Interdit, comme l'obligation de ces sortes de personnes sont nulles de droit, elles ne peuvent éteindre une première obligation.

Mais il en est autrement, lorsque la première obligation a été contractée par un Mineur ou un Fils de Famille, comme dans ce cas l'obligation est valable naturellement, la première est éteinte; comme le décide la *Loi 13. ff. ad Senatuse. Macedon.*

4°. L'hypotèque est éteinte, lorsque le fonds hypothéqué cesse d'être dans le Commerce, comme par exemple, s'il est vendu pour servir à une Eglise ou autre lieu public; dans ce cas l'hypotèque ne subsiste plus, mais le Créancier a son recours sur le prix de ce fonds, de sorte qu'en vertu de son obligation, il peut le faire bannir & arrêter entre les mains des Acquéreurs.

Il en faut dire de même de l'hypotèque spéciale acquise sur un fonds; si ce fonds vient à être emporté par un débordement de Rivière ou autrement, l'hypotèque est éteinte, & ce Créancier n'a dans ce cas qu'une action personnelle contre le Débiteur pour le paiement de sa créance, sans qu'il puisse recourir sur ses autres Biens, parce que l'hypotèque spéciale n'affecte que le fonds, qui est spécialement affecté,

& non les autres, à moins d'une convention expresse.

Mais si l'hypotèque du Créancier n'étoit établie que sur un droit d'usufruit acquis à son Débiteur sur un héritage, l'usufruit venant à cesser, comme s'il ne l'avoit que sous une condition qui fût arrivée, ou pour un certain tems, & que ce tems fût expiré, l'hypotèque n'auroit plus d'effet, quand même l'Usufruitier surviroit à la perte de l'usufruit. *Sicut re corporali extinctâ, ita & usufructu extincto pignus & hypoteca perit. Lige 8. ff. quib. mod. extinguit. pign.*

Il n'en est pas de même, lorsque le fonds hypotéqué vient à être dénaturé par quelque accident imprévû, comme par exemple, lorsqu'une Maison a été brûlée, si dans la suite elle est rebâtie, soit par le Débiteur même ou par un autre, l'hypotèque subsiste sur la nouvelle bâtisse, pareillement lorsque la chose change de forme, comme si on avoit démolie une Maison pour en faire un Jardin, ou qu'on eût fait d'un Champ une Maison ou une Vigne, ou que la Maison étant démolie ou brûlée, il ne reste que le sol, dans tous ces cas, l'hypotèque subsiste sur ce qui reste, *suivant la Loi 29, §. 2. & la Loi dernière, ff. de pignorib. & hypotec.*

5°. L'hypotèque s'éteint par la confu-

sion , comme lorsque le Créancier succède à son Débiteur , ou que le Débiteur succède à son Créancier , parce que dans ce cas , l'Héritier représentant le Débiteur qui doit l'hypothèque , ou le Créancier à qui elle est due , il se fait une confusion de leurs droits , de manière que le Créancier succédant à son Débiteur , n'a d'action que contre lui même , & que le Débiteur succédant à son Créancier , est entièrement libéré de l'hypothèque. Mais il faut pour cela qu'ils acceptent l'un & l'autre l'hérédité ; car s'ils la répudioient ou qu'ils en fussent exclus par un Parent plus proche , comme dans ce cas la confusion cesseroit , l'hypothèque reprendroit toute sa force.

6°. L'hypothèque se perd sur les Biens donnés , lorsqu'ils font retour au Donateur par le prédécès du Donataire sans enfans , par la révocation de la donation & par la survenance des enfans du Donateur ; de sorte que dans l'un & dans l'autre cas , les Biens donnés reviennent dans le patrimoine du Donateur libres de toutes charges & hypothèques du chef du Donataire , & les aliénations même qui peuvent avoir été faites par le Donataire dans l'intervalle de la donation au cas du retour , sont résolues de plein droit.

Il est vrai qu'on jugeoit autrefois , que les Biens donnés dans un Contrat de ma-

riage étoient hypotéqués subsidiairement, & en défaut des Biens libres du Mari donataire, pour la Dot & Augment, & pour les autres conventions matrimoniales de la Femme, suivant les Arrêts rapportés par Me. Maynard Liv. 6. Chap. 60. par Ferriere, sur *Gul-Pape*, Quest. 428. & par Mr. Dolive, Liv. 4. Chap. 6.

Mais à l'égard de la révocation de la donation par la survenance des enfans du Donateur, l'Ordon. du mois de Février 1731. concernant les Donations, a changé cette Jurisprudence. En effet, elle porte par exprès à l'Art. 42, que les Biens compris dans la donation révoquée par la survenance d'enfans, rentreront dans le patrimoine du Donateur, libres de toutes charges & hypotèques du chef du Donataire, sans qu'ils puissent demeurer affectés, même subsidiairement à la restitution de la Dot de la Femme du Donataire, Reprises, Douaire, ou autres conventions matrimoniales; ce qui aura lieu, ajoute *cet Art.* quand même la donation auroit été faite en faveur du mariage du Donataire, & que le Donateur se seroit obligé comme caution par ladite donation à l'exécution dudit Contrat de mariage.

En sorte que depuis cette Ordonnance, il n'est pas douteux que les Biens donnés dans le cas de la révocation de la dona-

tion par la survenance des enfans, ne reviennent au Donateur libres de toutes charges & hypothèques, même de la Dot & des conventions matrimoniales de la Femme du Donataire, & tels qu'ils étoient avant la donation, dans le cas même que le Donateur auroit cautionné de faire exécuter toutes les clauses de la donation, parce qu'alors ce cautionnement étant considéré comme une donation, ou comme une suite de la donation, il est lui-même sujet à la révocation par survenance des enfans du Donateur.

Ce que nous disons de la révocation de la donation par la survenance des enfans, qui fait revenir au Donateur les Biens donnés, libres de toutes charges & hypothèques, devrait ce semble s'appliquer aussi au droit de retour conventionnel, les raisons dans l'un & dans l'autre cas étant toujours les mêmes; car, que les Biens reviennent au Donateur par la révocation de la donation, par la survenance des enfans, ou par le droit de retour, les Biens devroient revenir libres de toutes charges & hypothèques, même de l'hypothèque subsidiaire de la Femme, pour la Dot & pour son Augment.

Néanmoins les Arrêts l'ont jugé autrement; ils ont jugé dans le cas du retour, que les Biens donnés sont soumis subsi-

dièrement à l'hypotèque de la Dot & des conventions matrimoniales de la Femme de celui en faveur de qui la donation est faite en Contrat de mariage, lorsque le retour a lieu de plein droit en faveur du Pere ou de la Mere de l'Ayeul ou de l'Ayeule, du Frere ou de la Sœur, de l'Oncle ou de la Tante du Donataire, & non lorsqu'il s'agit du retour conventionnel stipulé par un Etranger. *Suivant Mr. Dolive Liv. 4. Chap. 8. en la nouvelle addition ; Cambolas, Liv. 1. Chap. 5. & Catellan Liv. 5. Chap. 8. ce qui est conforme à la disposition du Droit, en la Loi. 12. ff. de pact. dotal.* suivant laquelle les conventions du mariage doivent être exactement gardées, parce qu'en effet, si la Femme qui a contracté mariage sous la foi de la donation ne pouvoit, le cas du retour arrivant, répéter sur les Biens donnés, la Dot & ses conventions matrimoniales, en défaut des biens libres du Mari, elle seroit exposée à les perdre, & à se trouver un jour sans Dot; ce que les Loix ne permettent pas, & ce qui cependant a lieu, comme nous l'avons déjà remarqué, lorsque les biens donnés font retour par la survenance des enfans du Donateur, suivant l'Art. 42. de l'Ordonnance de 1731. déjà citée, qui veut que dans ces cas les Biens reviennent au Donateur

libres de toutes charges & hypotèques , même de l'hypotèque subsidiaire de la Femme. Cette Loi expresse pour ce cas , ne doit pas être étendue à l'autre.

Ce que nous disons de la révocation de la donation par la survenance des enfans du Donateur , n'a pas lieu à l'égard de la révocation de la donation par ingratitude ; c'est-à-dire , que lorsque la donation est révoquée par l'ingratitude du Donataire , les Biens donnés ne reviennent point libres des charges & hypotèques contractées par le Donataire depuis la donation ; par la raison que la révocation de la donation par la survenance des enfans , se faisant de plein droit , sans que le Donateur ait demandé la révocation , on donne à cette révocation un effet rétroactif au jour de la donation , & en conséquence , on déclare nulles toutes les hypotèques contractées par le Donataire ; au lieu que lorsque la donation est révoquée par l'ingratitude du Donataire , cette révocation se faisant par une voye extraordinaire qui ne détruit pas la donation de plein droit , mais seulement après un jugement , ou ne lui donne pas un effet reuoactif au préjudice des Creanciers qui ont contracté avec le Donataire dans l'intervalle de la donation , au jour que le Donateur a formé instance en révocation ; & par conséquent , on conserve toutes les

aliénations & les hypothèques contractées par le Donataire sur les Biens donnés : suivant Mes. Bouvaric & Serres dans leurs Institutions du Droit Français, Liv. 2. Tit. 7. §. 2.

La révocation de la donation par la survenance des enfans fait, disons-nous, révenir les Biens donnés au patrimoine du Donateur, libres de toutes charges & hypothèques contractées par le Donataire; sur quoi il faut remarquer, qu'il en est de même, dans le cas qu'un Contrat est résolu par quelque convention ou condition expresse ou tacite. Comme par exemple, dans le pacte commissoire, dans la faculté de rachat, dans le retrait lignager, & autres actes, dont la résolution vient *ex causa antiqua*. Dans tous ces cas, & autres semblables, les Biens reviennent libres de toutes charges & hypothèques imposées par le possesseur, quoique cette résolution arrive par son fait propre ou par sa volonté, suivant la disposition formelle de la Loi 31. ff. de pignorib. & hypot. Ainsi sur ces principes, il semble, que dans le cas où le possesseur déguerpit le fonds faute de paiement de la rente, ou qu'il consent à la rescision du Contrat de vente par lésion d'outre moitié du juste prix, ou pour quelque autre cause inhérente au Contrat, qui dépendent de la volonté du

possesseur, les charges & hypotèques contractées sur les Biens, doivent être résolues, & faire revenir les Biens libres, comme s'ils n'avoient jamais été aliénés.

Cependant, il n'en est pas de ce cas comme des précédens, parce qu'on distingue si la résolution du Contrat est volontaire ou nécessaire: si elle est nécessaire comme dans le cas du Pacte commissoire de la faculté de rachapt, & du rétrait dont nous venons de parler, on décide que la résolution du Contrat étant forcée, les hypotèques, de même que les servitudes & autres charges imposées au fonds, sont éteintes; mais si la résolution du Contrat est volontaire de la part du Possesseur, comme dans le cas du déguerpissement du fonds ou de la lezion d'outre moitié du juste prix, puisque le Possesseur ne déguerpit que lorsqu'il le veut, & que l'Acheteur qui a acquis à trop bon marché, est le maître de garder le fonds à lui vendu, en offrant de suppléer le juste prix; dans ces cas les Arrêts ont jugé que les servitudes & hypotèques contractées sur ce fonds, dans l'intervalle du bail ou de la vente à la résolution du Contrat, subsistent dans leur entier; comme on peut voir dans Loiseau *Traité du Déguerpissement*, Liv. 6. Chap. 3. dans Mr Maynard Liv. 3. Chap. 69. & dans Charon-

das, en ses Reponses, Liv. 6. Chap. 48.

Il est vrai que dans le cas de déguerpissement, on permet aux Créanciers de prendre le fonds déguerpi, en se soumettant à la rente & aux autres devoirs Seigneuriaux.

Suivant M. de Catellan, Liv. 3. Chap. 25.

Il en doit être de même suivant cet Auteur, du cas où le fonds revient au Seigneur par félonie ou par confiscation; supposant sans doute dans ce cas, une résolution volontaire du bail à cens, ou emphytéotique, par les crimes commis par l'emphytéote.

7°. L'hypotèque s'éteint lorsque le Débiteur qui avoit hypothéqué un fonds, vient à perdre le droit qu'il y avoit; comme s'il en est dépouillé par une éviction ou par une faculté de rachât, ou par un rétrait lignager, ou pour d'autres causes qui lui en fassent perdre la propriété; l'hypotèque qu'il avoit assignée sur ce fonds, ne subsiste plus, si ce n'est que ce fût par la faute ou par son propre fait qu'il eût perdu son droit; comme par exemple, si pouvant se défendre de cette éviction ou de ce rachât, ou de ce rétrait, il y avoit volontairement consenti, ou s'il avoit négligé de demander la distraction du fonds faisi, sur une tierce personne. Il en seroit de même, s'il ne faisoit aucune démarche pour défendre ses droits, & qu'il les

abandonnât ; dans tous ces cas le Créancier, pour conserver son hypothèque, pourroit exercer les droits de son Debiteur, suivant la Loi 3. ff. quib. mod. pign. & la Loi 15. au Code de non num. pecun.

8°. L'hypothèque est éteinte par la renonciation expresse ou tacite du Créancier, & cette renonciation peut être générale ou particulière ; si elle est générale, celui qui la fait, perd son hypothèque au profit des Créanciers de son Debiteur, & son hypothèque ne commence sur les Biens de son Debiteur, que du jour de cette renonciation ; mais si elle est particulière au profit d'un seul Créancier, l'hypothèque ne sera éteinte qu'à l'égard de ce Créancier, & subsistera à l'égard des autres Créanciers.

9°. L'hypothèque prend fin par l'aliénation de la chose hypothéquée, comme par exemple, lorsque le Créancier consent à la vente, donation, ou autre aliénation du fonds qui lui est hypothéqué. *Si consentit venditioni creditor, liberatur hypotheca ; vel si consenserit, ut debitor hanc rem permutet, vel donet vel in dotem det, dicendum erit pignus liberari, Leg. 7. ff. quib. mod. pign. & Leg. 4. §. 1. Cod. eod. tit.*

Il en est de même dans le cas que le Créancier ratifie la vente ou la donation.

de la chose hypothéquée, quoiqu'il ne l'ait point faite lui-même ; parce que dans tous ces cas le consentement donné par le Créancier, est regardé comme une renonciation tacite à son hypothèque, à moins qu'il ne proteste dans l'Acte, qu'il n'entend pas préjudicier à ses droits, ou que l'aliénation n'ait pas eu son effet, comme si la vente étoit nulle ; car dans ces cas, les choses restent dans leur entier, & l'hypothèque subsiste ; *comme le décide la Loi 4. §. 2. ff. eod. tit.*

Sur quoi il faut remarquer qu'il ne faut point prendre pour un consentement de la part du Créancier à l'aliénation de la chose hypothéquée, la connoissance qu'il peut en avoir par oui dire, ni le silence où il demeure après avoir eû cette connoissance : il faut qu'il en ait été instruit par quelque Acte de sa part, qui prouve comme il a consenti à l'aliénation ; comme par exemple, si le Débiteur, après avoir affecté spécialement un fonds à un premier Créancier pour une rente, l'affectoit ensuite à un second pour une autre rente, lui déclarant que ce fonds n'étoit hypothéqué à personne, & que ce premier Créancier signat le Contrat comme Partie ou comme Témoin, sans protester de ses droits, il seroit dans ce cas regardé comme complice de cette faulx déclara-

tion, & seroit privé de son hypothèque , à l'égard du nouveau Créancier, *suijvant la disposition de la Loi 9. § 1. ff. quibus mod. pign.*

Mais si le Créancier ne signe le Contrat que comme simple témoin, il ne perd point l'hypothèque qu'il a sur les Biens de celui qui fait l'alienation, quoiqu'il ne fasse point de protestation, & que le Débiteur déclare dans l'acte qu'il affecte tous ses biens présens & à venir; car comme on peut hypothéquer ses Biens à plusieurs Créanciers, & que c'est au nouveau Créancier à prendre garde si son Débiteur est chargé d'autres dettes, le silence du Créancier qui n'a signé l'acte qu'en qualité de témoin, n'est pas présumé induire à erreur le nouveau Créancier; & par conséquent son silence ne porte aucun préjudice à ses droits.

Ainsi lorsqu'un Créancier signe comme témoin un Acte où son débiteur oblige un fonds qui lui est hypothéqué, ou un testament, où il dispose de ce fonds, dans ce cas le témoin ne faisant que l'office d'ami, sa présence ni sa signature ne donnent aucune atteinte à ses droits, quoiqu'il n'ait pas protesté dans l'Acte: pourvu toutefois qu'il ne donne aucun consentement exprès qui y déroge; parce qu'il faut dans ce cas, avoir égard à l'intention qu'a eu ce

Créancier

Créancier en signant , et par son silence il a voulu nuire à ses intérêts , ou à ceux des autres.

C'est ainsi que les Arrêts l'ont jugé , & notamment l'Arrêt rapporté par M. Maynard , *Liv. 8. Ch. 70.* dans le cas de la vente de plusieurs pièces de terre , dont l'une étoit affectée pour une rente au profit du témoin , qui avoit signé comme témoin le Contrat de vente , cet Arrêt jugea que le témoin qui avoit signé de bonne foi sans avoir protesté , ne s'étoit porté aucun préjudice , quoique le Vendeur eût garanti les pièces franches & quittes de toutes charges & hypothèques , & l'Acquereur fut condamné à continuer de payer la rente. Cet Auteur en cite un autre du Parlement de Paris rapporté par Charondas en ses réponses , *Liv. 7. Chap. 217.* qui l'a jugé de même.

Ce que nous disons du témoin , n'a pas lieu à l'égard du Notaire qui a reçu & écrit lui-même l'Acte ; c'est-à-dire , que s'il ne proteste point , ou ne se réserve ses droits , son silence est regardé comme un dol de sa part , qui lui fait perdre son hypothèque sur les Biens aliénés ou hypothéqués , parce qu'on présume que le Notaire par un tel Acte , a bien voulu renoncer à ses droits en faveur de celui au profit duquel le Contrat a été passé , comme il a été jugé par les Arrêts rapportés par Louet , *Lettre N.*

De tout cela il faut conclure, qu'à l'égard des personnes qui signent les Contrats, il faut distinguer celles qui interviennent dans l'Acte, & le signent comme Parties, de celles qui ne le signent que comme témoins, étant certain que dans tous les cas où le Créancier signe comme Partie intéressée dans l'Acte, il est obligé, & par conséquent qu'il perd ses hypothèques qu'il n'a pas déclarées; mais que dans les Actes où il a signé comme témoin, faisant l'office d'ami, & pour assurer seulement la vérité de ce qui s'est passé entre les contractans, on ne peut tirer de sa signature aucune conséquence contre ses intérêts.

Il en est sans doute autrement à l'égard du Notaire qui a retenu l'Acte, lequel par son silence est présumé avoir voulu tromper le nouveau Créancier, & l'induire à contracter avec une personne qui avoit déjà hypothéqué les memes Biens avec lui; car quoiqu'on puisse dire qu'étant personne publique, & en cette qualité tenu de recevoir & d'écrire toutes les conventions des Parties sans autre connoissance de cause, & par-là obligé de garder le secret, néanmoins les Arrêts ont jugé que si le Notaire en retenant l'Acte ne déclare point ses droits sur la chose vendue ou

hypotéquée à un autre, il les perd sans ressource.

En effet comme l'a observé Cujas, sur la Loi 34. §. 2. ff. de Legat. 2°. L'écriture du Notaire a plus de force, que le seing d'un témoin; *Plus est scribere, quam signare: signare est sigillum suum imprimere; suscribere est nomen suum appingere*; ainsi le Notaire qui retient l'Acte d'obligation de son Débiteur, doit déclarer ses hypotèques, sans quoi il en est privé, suivant les Arrêts déjà cités, & ceux qu'on trouve rapportés par Me. d'Olive Liv. 5. Chap. 28. & par Graverol sur Me. Laroche, sous le mot hypotèques, Liv. 6. tit. 58. page 534.

De là que nous disons que lorsque les Créanciers interviennent dans un Contrat comme Parties, & qu'ils le signent sans faire aucune protestation, ils se portent préjudice à leurs droits, il semble qu'il en faut dire de même à l'égard des Parens qui assistent à un Contrat de mariage de leur Parent, qui est en même tems leur Débiteur, & qui le signent sans déclarer leurs droits & sans protestation, étant regardés comme Parties; cependant les Arrêts ne l'ont pas jugé de même, ils ont jugé que comme les Parens n'assistent à un Contrat de mariage d'un Parent que pour l'agréeer, & l'autoriser par leur consentement, leur présence ni leur signatu-

re ne les prive point des droits & hypothèques qu'ils peuvent avoir sur les Biens des Contractans, à moins qu'il n'y ait du dol de leur part.

En effet les Parens assistent à un Contrat de mariage, non comme Parties, mais pour l'agréer & pour s'acquiter d'un devoir de bienfaisance qui se pratique dans le monde, & rendre par-là cette conjonction plus legitime; *comme le décide le Canon 30. quest. 5. non enim aliter legitimum fit matrimonium, nisi à parentibus & propinquis uxor sponsetur & legibus dotetur;* & comme il a été jugé par les Arrêts rapportés par Mr. d'Olive à l'endroit ci-dessus, & par Cambolas Liv. 5. Chap. 25.

10°. L'hypothèque prend fin lorsque le Créancier a convenu avec le Débiteur, qu'au lieu de l'hypothèque qu'il avoit sur ses Biens, il lui bailleroit une caution pour la sûreté de la dette. Car quoique le Créancier ne puisse pas être obligé à changer son hypothèque en une caution; néanmoins, lorsqu'il l'a voulu ainsi, & qu'il en a convenu, cette convention doit avoir son effet, *comme le décide la Loi 6. ff. quib. mod. pign. vel hypotec.*

11°. L'hypothèque prend fin par l'adjudication par décret des Biens hypothéqués, lorsque le Créancier n'a point formé son opposition à la saisie réelle, & demandé

son allocation ; parce que , comme nous l'avons expliqué dans notre *Traité* , la vente par décret purge les hypotèques ; mais il faut remarquer qu'elle ne purge que celles qui sont existantes lors du décret ; c'est-à-dire , celles pour lesquelles les Créanciers ont une action actuelle pour l'exercer , & non celles qui ne sont pas encore échues , comme seroient , par exemple , l'hypotèque des femmes pour leurs Dots , & autres réprises qu'elles ont sur les Biens de leurs Maris , dont l'exercice est suspendu jusques après la dissolution du mariage , les rentes foncières & obituaires pour raison desquelles l'hypotèque est toujours conservée , quand même il y auroit opposition à la faillie , parce que ces sortes d'hypotèques ont un privilège particulier , comme étant des charges réelles , & inhérentes au fonds , & qui par conséquent en sont inséparables.

12°. Finalement l'hypotèque prend fin par la prescription : Sur quoi il faut distinguer la prescription , de l'hypotèque acquise au Créancier , sur un fonds qui est entre les mains de son Débiteur ou de ses héritiers , de la prescription de l'hypotèque qui est sur un fonds vendu , & qui est entre les mains d'un tiers acquéreur. La première n'est acquise au Débiteur , qu'après trente années , parce que l'action personnelle jointe à l'action hypothécaire , du-

re 30 années en faveur du Créancier, soit en Pays Coutumier, soit en Pays du Droit écrit, où l'on ne suit pas la Loi *Cum notissimi*, au Code 30. vel 40. annor.

Mais la seconde est acquise aux tiers acquéreurs après dix ans de paisible possession entre-présens & vingt ans entre-absens, à compter du jour qu'il est entré en possession, suivant Loi 1. & dernière au Code, *si adversus creditor prescript. opponat*; de sorte qu'après cet intervalle de tems, les tiers-acquereurs & possesseurs peuvent opposer la prescription de l'hypothèque du Créancier, si ce n'est que celui-ci n'eût dans les dix ans formé une instance contre les acquereurs en déclaration d'hypothèque, parce qu'alors la prescription seroit interrompue, & l'action dure-roit autant que cette instance.

Sur quoi il y a plusieurs observations à faire; sçavoir, la première, que pour que le tiers-acquereur puisse prescrire, il faut qu'il ait jouï par-lui même ou par ses gens; car si le Débiteur avoit resté en possession du fonds hypothéqué à quelque titre que ce fût, il ne pourroit point opposer de prescription, parce qu'il n'y a point de prescription sans possession.

La seconde, qu'il faut que le tiers acquereur ou Détempteur ait possédé pendant dix ou vingt ans le fonds hypothéqué

à titre de propriété, & non de Fermier ni d'Engagiste ; car s'il n'en avoit pas la propriété, les Créanciers pourroient le faire saisir & vendre par décret, sur la tête de leur Débiteur, non-obstant la possession de dix ou de vingt ans.

La troisième, que l'Acquereur d'un fonds à faculté de rachat peut aussi prescrire l'action hypothécaire des Créanciers de son Vendeur, par la possession paisible de dix années, étant regardé comme tiers Acquéreur ; car quoique son acquisition puisse être résoluë par le rachat stipulé, néanmoins, son acquisition étant parfaite, puisqu'elle lui donne la propriété du fonds, il peut prescrire l'hypothèque des Créanciers, comme l'Acquereur pur & simple.

La quatrième, qu'on entend par tiers Acquereur ou détenteur, non-seulement celui qui a acquis un fonds à titre onéreux, mais encore celui qui l'a acquis à titre lucratif, c'est-à-dire, par Legs ou par donation ; mais il faut pour cela que le Legs ou la donation soit d'une certaine chose ; car si ce Legs ou la donation étoit de la totalité ou d'une quote des Biens, comme dans ce cas le Légataire ou le Donataire pourroit être convenu personnellement en qualité de Successeur particulier, il ne pourroit point opposer la prescription de l'ac-

tion hypothécaire , parce qu'alors l'action étant personnelle & hypothécaire , elle durerait , comme nous l'avons déjà dit , pendant trente ans.

Il n'en est pas de même lorsque le Legs ou la donation est d'une chose certaine , comme d'une Maison ou d'un Fonds certain. Les Arrêts ayant jugé dans ce cas , que tout Légataire ou donataire particulier , sans distinguer si c'est un Fils ou un Etranger , prescrit l'hypothèque des Créanciers , par la jouissance actuelle & réelle de dix ans , si ce n'est qu'il y ait réserve d'usufruit ; parce qu'alors , cette réserve est un obstacle à cette possession. *Voyés M. de Catellan , Liv. 7. chap. 2.*

Il faut observer qu'il y a des Coutumes où l'action hypothécaire se prescrit dans un moindre tems que de dix ans , comme sont les Coutumes d'Anjou , du Maine , de Touraine & autres , dans lesquelles la prescription de l'hypothèque est admise après cinq années de possession , à juste titre , & de bonne foi & sans interruption ; sur quoi il faut remarquer que cette prescription n'a lieu dans les Coutumes d'Anjou & du Maine , que par les rentes ou hypothèques constituées depuis trente ans : & à l'égard des hypothèques plus anciennes , on ne peut les prescrire dans ces Coutumes , que par l'espace de

dix ans , entre présens , & vingt ans entre absens. Il en est de même dans la Coutume de Paris , suivant *M. d'Hericourt* , à l'endroit cité , page 267. nomb. 48.

Dans les Coutumes de Touraine & de Lodunois , on prescrit par la possession de cinq ans contre l'hypotèque des Rentes constituées ; mais on n'y prescrit que par dix ans , entre présens , & vingt ans entre absens , l'hypotèque qui vient d'une obligation personnelle , pour une somme à une fois payer. *D'Hericourt* , *ibidem*.

La Coutume de Lodunois , décide expressement que la prescription de cinq ans de possession , a lieu dans cette Province , tant entre présens qu'entre absens , sans distinction ; mais à l'égard des Coutumes d'Anjou & du Maine , cette prescription de cinq ans n'a lieu qu'en faveur des Acquéreurs étrangers ; car si les Biens étoient vendus par un Pere ou par une Mere à ses Enfans ou à ses autres Héritiers présomptifs , les Acquéreurs ne pourroient opposer que la prescription de 30 années , parce qu'on présume naturellement que c'est par tolérance & par amour naturel , que le Propriétaire laisse son héritier présomptif en possession de son Bien pendant sa vie. *D'Hericourt* à l'endroit cité.

Nous avons dit que pour prescrire l'action hypothécaire , il faut que le tiers Ac-

queur ait possédé par lui-même ou par ses gens, les Biens hypothéqués pendant dix ans, entre présens, & vingt ans entre absens : sur quoi il faut remarquer que cette prescription a lieu, quand même les Biens seroient chargés d'une Rente que le Débiteur auroit payé pendant sa vie, & que le tiers Acquereur auroit ignoré, ne lui en ayant pas été fait de demande pendant les dix ou vingt ans requis pour prescrire. Il a été même jugé, que dans ce cas, le Créancier ou l'Acheteur de cette Rente n'étoit pas reçu à impêtrer des Lettres du Prince, pour être relevé de la prescription, sur tout lorsque la possession du tiers Acquereur est notoire avec juste titre & bonne foi, suivant *Me. Maynard, Liv. 7. Chap. 61.* & *Papon en ses Arrêts, Liv. 12. tit. 3. Arr. 8 & 9.*

Il en seroit sans doute autrement, si le tiers Acquereur avoit été assigné en déclaration d'hypothèque ; ou si d'ailleurs il avoit eu une connoissance légale de la Rente assignée sur les Biens par lui acquis. Comme il faut de bonne foi pour cette prescription. Cette connoissance qu'il auroit du droit du Créancier, le constitueroit en mauvaise foi, & seroit un obstacle à cette prescription, suivant les Auteurs cités.

Mais si ce tiers Acquereur avoit acquis

des Biens , à la charge de payer une certaine Rente à un tiers , il ne pourroit pas opposer contre ce tiers demandant la Rente , la prescription de dix ans , parce qu'alors il seroit de mauvaise foi , s'étant chargé lors de l'acquisition , de payer la Rente à celui à qui elle étoit dûe ; & par conséquent , il ne pourroit pas prescrire contre le Créancier de cette Rente , par la possession de dix ans , mais seulement par celle de trente ans , comme pour les autres actions personnelles.

En effet , il n'y a que la possession réelle , qui puisse être prescrite par l'espace de dix ans , au lieu que l'action personnelle dure toujours trente ans : ainsi dans le cas proposé , le tiers Acquereur , s'étant soumis dans le Contrat de vente , de payer la Rente établie sur le fonds vendu , il s'est par-là mis à la place du Débiteur , & par conséquent , il s'est obligé personnellement envers le Créancier , au paiement de cette Rente ; de sorte que dans ce cas , l'action personnelle étant jointe à l'action hypothécaire , elle dure trente ans. *Voyez M. Maynard , à l'endroit cité , Chap. 63.*

Il est vrai que si ce tiers Acquereur ne s'étoit point chargé de payer la Rente , & que le Créancier eût juste sujet d'ignorer l'aliénation du fonds hypothéqué pour cette

Rente, parce que le Débiteur auroit toujours resté en possession du fonds, soit à titre de Fermier, d'Usufruitier, ou à titre de Précaire, & autres semblables. Dans ce cas, nulle prescription ne pourroit avoir lieu pendant ledit tems, suivant *Me. Maynard, ibidem.*

Enfin, à l'égard de l'absence du Créancier, ou du Possesseur, qui fait porter à vingt ans les dix ans de l'action hypothécaire, *Me. Boutaric*, en ses Institutions du Droit François, *Liv. 2. tit. 5. § 1.* sur le fondement de ce que dit *Loysel* dans ses Institutions coutumières, & de l'article 116. de la Coutume de Paris, décide indistinctement, qu'on entend par absens, ceux qui sont demeurans dans différens Bailliages ou Sénéchaussées, sur quoi *Me. Serres*, Professeur en Droit François, en l'Université de Montpellier, décide que la Jurisprudence du Parlement de Toulouse, est contraire à ces principes, & qu'on n'y regarde comme absens, à l'effet de faire doubler le tems de la prescription, que ceux qui sont absens hors du Royaume, *Rei-publicæ causa*; c'est-à-dire, pour le service du Roi ou de l'Etat; parce qu'il n'y a que cette absence qui mérite d'être favorisée. Ce que cet Auteur avance sur le fondement de l'Arrêt qu'on trouve rapporté dans *Albert*, sous le mot *Prescrip*

tion, article 4. & de l'article 14. du titre de l'exécution des Jugemens de l'Ordonnance de 1667. qui veut que les délais pour appeller d'une Sentence, courent entre présens & absens, à l'exception de ceux qui sont absens hors du Royaume, pour le service du Roi, ou par ses ordres.

Pour appuyer son opinion, cet Auteur rapporte un Jugement de Messieurs des Requêtes du Palais, dont il n'y a pas eu d'appel, qu'il dit avoir fait rendre lui-même en 1731. qui l'a jugé ainsi. Il rapporte encore tout au long une consultation de trois fameux Avocats, & un Certificat de Messieurs les Gens du Roi du même Parlement, duquel il résulte que la Jurisprudence de ce Parlement est fixée à ce point, qu'il n'y a que ceux qui sont hors du Royaume pour le service du Roi ou de la République, qui soient regardés comme absens, à l'effet de faire doubler le tems pour la prescription de l'action hypothécaire; & qu'à l'égard de ceux qui sont dans le Royaume, dix ans suffisent, quoiqu'ils soient demeurans dans différentes Provinces & Ressorts de différens Parlemens: de sorte que tous ces préjugés forment incontestablement à cet égard une Jurisprudence constante, du moins pour le Parlement de Toulouse, puisque les Officiers qui le composent

l'ont attestée par le ministère de Messieurs les Gens du Roi.

Cette Jurisprudence est d'autant plus juste, qu'elle est fondée sur la disposition des Loix Romaines, suivant lesquelles on ne regarde comme personnes privilégiées, que celles qui sont absentes hors du Royaume, pour le service du Roi ou par ses ordres; comme sont les Officiers, les Soldats, les Prisonniers de guerre & autres semblables que le service de l'Etat retient dans des Pays étrangers, comme on peut voir *dans les Loix 14. 15. & 31. ff. ex quib. caus. major.*

Mais lorsque le Créancier ou le possesseur a été en partie présent, & en partie absent, on ne fait que doubler le tems pendant lequel il a été absent; en sorte que par exemple, s'il n'a été absent que pendant quatre ans, au lieu de six qu'il faudroit pour accomplir la prescription, il en faudra quatorze; parce qu'en doublant les quatre années de son absence, cela fera huit, & les six qui restent, feront quatorze années au lieu de dix qu'il en faut pour cette prescription, ce qui est conforme à la disposition de la *Novelle 119. Chap. 8. de Justinien, & à l'Authentique, Quod si quis, au Code de præscript. longi temporis.*

Du reste, l'absent hors du Royaume

pour les causes dont nous venons de parler, est toujours relevé de la prescription qui a couru pendant son absence, quelque longue qu'elle ait été, ainsi on ne peut opposer à cet absent la prescription de dix ans; & à l'égard de celle de vingt & de trente ans, il en est relevé par Lettres du Prince, à cause de la faveur que mérite une absence aussi nécessaire & utile à l'État; comme on peut voir dans *les Loix premiere & derniere, ff. ex quib. caus. major. vigint. quinq. ann. restit.*

À l'égard de l'Eglise, la prescription de dix, de vingt ou de trente ans n'a pas lieu contre l'Eglise, à laquelle on ne peut opposer d'autre prescription que celle de quarante ans, dans le cas même qu'elle auroit succédé à un particulier. De sorte que l'Eglise succédant à un particulier qui auroit pû opposer la prescription de dix ou de vingt ans, pour l'action hypothécaire contre le Créancier, on ne peut lui opposer dans ce cas, que la prescription de quarante ans.

Il est vrai que l'Autentique, *quas actiones, Cod. de sacrosanct. Eccles.* sur laquelle on fonde le privilège de l'Eglise, ne parle pas de la prescription de l'action hypothécaire, mais seulement de la prescription de dix ou vingt ans pour les usucapions ou prescriptions de propriété,

même avec titre, d'où certains Auteurs concluent, que la prescription de dix ou de vingt ans de l'action hypothécaire n'étant pas comprise dans cette Loi, peut être opposée à l'Eglise, de quoi il y a plusieurs Arrêts rapportés dans les *Notes de Lapey-rere, lettre P. page 315.* qui l'ont jugé de même.

Il en est autrement au Parlement de Toulouse, où l'on juge qu'on ne peut opposer contre l'Eglise d'autre prescription, que celle de quarante ans, & conséquemment, que la prescription de dix ou vingt ans de l'action hypothécaire ne peut lui être opposée, suivant plusieurs Arrêts rapportés par *M. de Catellan, Liv. I. chap. 9. en cela conformes à la décision du Chapitre 8. §. illud, extra de præscript. & au sentiment de Guipape, quest. 416. nomb. 15. & à celui de Ferriere, dans ses Annotations sur cette même question.*

Il n'en est pas de même, lorsque c'est l'Eglise qui oppose la prescription de l'hypothèque; car quoiqu'on ne puisse lui opposer, comme nous venons de le dire, d'autre prescription que celle de quarante ans; elle peut néanmoins se servir comme des particuliers, de la prescription de dix ou de vingt ans, parce que le privilège accordé à l'Eglise n'a lieu qu'en sa faveur, & non contre elle, à moins qu'elle n'eût af-

faire à une autre Eglise, auquel cas le privilège seroit égal; de sorte qu'une Eglise pourroit opposer à l'autre la prescription de dix ou de vingt ans.

Il faut observer que cette prescription de dix ou de vingt ans, ne peut pas être opposée aux Mineurs, non plus qu'à l'Eglise; c'est-à-dire, que la prescription de l'action hypothécaire ne court pas contre les Mineurs, lesquels n'ont pas besoin même d'être restitués ni relevés envers cette prescription: & à l'égard de la prescription de trente ans, elle court bien contre les Mineurs, mais ils en sont relevés, s'ils se pourvoyent par Lettres dans les dix ans après leur majorité; c'est-à-dire, dans la trente-cinquième année de leur âge, sur quoi on peut voir *M. de Catellan, Liv. 7. Chap. 20.*

La prescription de dix ou de vingt ans, ne pouvant pas être opposée aux Mineurs, elle peut encore moins être opposée aux Fils de Famille, qui ne sont point émancipés, quoique Majeurs, parce qu'étant sous la puissance paternelle, ils ont les mains liées, & ne peuvent pas agir pendant la vie de leurs Peres, & par conséquent la prescription de dix ni de vingt, ni celle de trente ans, ne peut pas courir contre eux, suivant la maxime, *contra non valentem agere non currit præscriptio*, com-

me il a été jugé par les Arrêts rapportés par les Annotateurs de ; Lapeyrere , *Lettre P. nomb. 73. page 324.*

Nous avons dit qu'on ne peut pas opposer aux Mineurs la prescription de dix ou de vingt ans ; sur quoi on demande , si lorsque de deux Créanciers , il y en a un Mineur , auquel on ne puisse pas opposer cette prescription , & l'autre qui ait été majeur pendant le tenu nécessaire pour prescrire contre lui , le Majeur profitera de l'exception du Mineur , a l'effet d'empêcher cette prescription.

Cette question se trouve décidée par la Loi unique , au Code , *si in comm. eademq. causa restit. postulat* , contre le Majeur ; c'est-à-dire , que l'exception du Mineur ne sert de rien au Majeur , & par conséquent que la prescription de l'action hypothécaire peut être opposée au Majeur , quoiqu'elle ne puisse pas être opposée au Mineur , *quamvis Minor pro portione sua restitutionis auxilium implorari possit, vobis tamen ad communicandum edicti beneficium ejus ætas patrocinari non potest.* Et conformément à cette décision , *M. de Catellan L.v. 5. Chap. 12. rapporte plusieurs Arrêts* , qui ont jugé que dans une cause commune , la restitution du Mineur ne profite point au Majeur , sur quoi on peut voir encore *M. d'Hericourt* , à l'en-

droit cité; *sect. 2. nomb. 47. page 261.*

Il est vrai qu'il y a des Auteurs qui prétendent le contraire, sur le fondement de ce que l'hypothèque est indivisible par elle-même; d'où ils concluent, que l'hypothèque ne pouvant pas être divisée, & ne pouvant pas prescrire contre le Mineur, il faut qu'elle subsiste à l'égard du Majeur, comme faisant une cause commune: néanmoins il a été jugé que l'indivisibilité de l'hypothèque n'empêche pas qu'elle ne puisse être prescrite dans l'espèce proposée contre le Majeur, tandis qu'elle subsiste pour le Mineur, par la raison que l'indivisibilité de l'hypothèque doit être entendue, de manière qu'elle subsiste toute entière sur la totalité, & sur chaque partie du fonds hypothéqué, & que cependant l'exercice de l'action peut être divisé sur chacun des Créanciers; de sorte que la prescription peut être opposée au Majeur, quoiqu'elle ne puisse pas être opposée au Mineur, sur quoi on peut encore voir l'Arrêt rapporté dans le *Journal des Audiences, Tom. 2. Liv. troisième Ch. 16.*

Il faut de plus remarquer, que lorsque nous disons que la prescription de dix ou de vingt ans de l'action hypothécaire court contre les Créanciers, en faveur du tiers Acquéreur, cela doit être entendu du cas où il y a de la bonne foi de la part de cet

Acquereur ; c'est-à-dire, du cas où il a ignoré le vice de son acquisition ; car s'il avoit acquis un Bien saisi, & qu'il eût connu la faisie ; comme par exemple, s'il y avoit forme opposition, afin de distraire, ou autrement, il ne pourroit point prescrire, parce que pour cette espèce de prescription, il faut de la bonne foi pendant la possession ; sans quoi la mauvaise foi de l'Acquereur en empêche le cours.

Mais si cet Acquereur de mauvaise foi, vend les mêmes Biens à un autre, qui ignore la faisie & tout autre empêchement, le nouvel Acquereur pourra, non-obstant la faisie des Biens par lui acquis, prescrire l'hypothèque des Créanciers, pourvu aussi qu'il n'ait pas connu la faisie, & que sa possession ait été sans trouble, pendant le tems requis pour cette prescription, comme il a été jugé par l'Arrêt rapporté par l'Annotateur de *Lapeyrere, Lettre P. nomb. 78. pag. 325.*

Il en faut dire de même du cas où le Debiteur a vendu les Biens saisis, lorsqu'il n'en a pas été dépossédé par le Bail judiciaire ou autrement : l'Acquereur qui a acquis ces Biens, prescrit contre le Demandeur en criées, l'action hypothécaire par dix ou vingt ans, à compter du jour du Contrat d'acquisition, quand même la vente n'auroit été faite qu'à faculté de

rachat, suivant plusieurs Arrêts qu'on trouve rapportés par les Annotateurs, sur *Lapeyrere, Lettre P. page 314.*

Il en est autrement du tiers Acquereur à faculté de rachat, qui est appelé en garantie par un Acquereur antérieur qui a été évincé ou assigné en action hypothécaire, il ne peut pas opposer à cet Acquereur antérieur la prescription de dix ou de vingt ans, à compter du jour de son acquisition, parce que cette prescription ne court pas pendant le délai du pacte de rachat; comme il a été jugé par l'Arrêt rapporté par *Lapeyrere, page 314.*

Cependant *M. Maynard, Liv. 3. chap. 68.* atteste que la Jurisprudence du Parlement de Bordeaux & celle de Toulouse sont contraires à cet Arrêt, parce qu'on y regarde une vente à faculté de rachat, comme parfaite du jour du Contrat; quoiqu'elle puisse être ensuite résoluë par la faculté réservée: *Neque ullo modo conditionalis censetur, quamvis sub conditione resolvi possit*, comme le décide la *Loi 2. au Code de pact. inter emptor.* & par conséquent la prescription doit courir en faveur du tiers Acquereur, du jour de son Contrat d'acquisition à faculté de rachat, sur quoi on peut voir encore *Guipape, question 257.*

Au surplus, il a été jugé que la pres-

cription de dix ou de vingt ans, court au profit du tiers Acquéreur, quoique les Biens du Débiteur soient saisis réellement, dans le cas que le Débiteur n'en a pas été dépossédé par les Commissaires établis sur les fruits, ou par un Bail judiciaire, quand même il auroit été mis des affiches à l'effet de la vente par décret des Biens saisis; de sorte que ce tiers Acquéreur après cette prescription acquise peut demander la distraction des Biens par lui acquis, & cela par la raison que par la simple saisie, le Roi ne dépossède personne. *Manus Regia neminem spoliat*, & qu'il faut outre la saisie, une dépossession actuelle du Débiteur, pour rendre les Biens saisis, gages de Justice, pour en prohiber l'aliénation, & constituer l'Acquéreur en mauvaise foi, *quia pignus prætorium dicitur rei servandæ causa datum, & propriè ad custodiam, & non tam possessio rerum, quam custodia videtur*; comme le décide la Loi 8. au Code de Bon. autor. judic. possid. Voyez *Lapcyrere* à l'endroit cite, page 315. & 316.

Nous avons dit que la prescription de dix ou de vingt ans commence à courir en faveur du tiers Acquéreur & Détemp-
 teur, du jour qu'il est entré en possession des Biens par lui acquis, parce que ce Créancier a pû former sa demande en déclaration d'hypothèque, du jour que le tiers

Acquereur a commencé de posséder en qualité de propriétaire ; & sur ces principes , il a été jugé que le tiers Acquereur , qui a ignoré que le fonds par lui acquis , fût affecté & hypothéqué au paiement du capital & des arrérages d'une Rente , peut prescrire l'hypothèque , quoique le Débiteur ait continué de payer la Rente , pourvû toutefois que le Débiteur de cette Rente n'ait pas resté en possession ; car s'il y avoit resté , la prescription ne pourroit pas être opposée par le tiers Détempteur , suivant les Arrêts rapportés par *d'Hericourt* , à l'endroit déjà cité , page 260.

Nous avons dit encore qu'un tiers Acquereur à faculté de rachat , qui est appelé en garantie par un Acquereur antérieur qui a été évincé , peut lui opposer la prescription de dix ou de vingt ans , à compter du jour de son Contrat d'acquisition ; sur quoi on demande , si lorsqu'un tiers Acquereur a été évincé du fonds par lui acquis , un tiers Acquereur postérieur , contre lequel il a recours , peut lui opposer cette prescription , à compter du jour de son Contrat , ou du jour de l'éviction seulement ?

Lapeyriere à l'endroit cité , *nomb. 26. page 328.* assure avoir été jugé , que la prescription dans ce cas ne commence à courir contre le premier Acquereur , que

du jour de l'éviction : cependant son Annotateur rapporte d'autres Arrêts, qui ont jugé au contraire, que la prescription commence à courir du jour du Contrat, & c'est ainsi que la question a été jugée par un Arrêt du Conseil, du 30. Mars 1673. qu'on trouve rapporté dans le Journal du Palais, *tom. I. pag. 381.* qui a jugé qu'un tiers Acquéreur qui avoit joui pendant dix ans entre présens, & vingt ans entre absens avec titre de bonne foi, d'un fonds affecté & hypothéqué à la garantie d'un Contrat d'échange, avoit prescrit l'hypothèque des Créanciers, quoique le trouble qui donnoit lieu à la garantie n'eut été formé que long-tems après. Il a été encore jugé par cet Arrêt, que celui qui a été evincé, ne rentre pas dans la propriété de l'heritage par lui baillé en échange, quand il a été aliéné au profit d'un tiers qui a prescrit par une possession de dix ou de vingt ans, suivant la disposition de la *Loi 4. au Cod. de rer. permut.*

En effet, il faut distinguer dans cette matiere deux sortes d'actions que les Loix donnent dans le cas de l'éviction de l'heritage qu'on a acquis par échange ; sçavoir, la premiere est l'action appelée *in factum* ou *prescriptis verbis*, par laquelle on demande des dommages & intérêts, pour raison de l'éviction, comme on peut voir

voir dans la Loi 4. du Code déjà citée, & la seconde est l'action appelée *conditio ob causam dati*, par laquelle on demande la restitution de l'héritage qu'on avoit baillé en échange. Cette dernière action qui contient une espèce de résolution du Contrat d'échange, ne peut être dirigée contre le tiers Détenteur, mais seulement contre ceux qui sont obligés par le Contrat d'échange, parce que c'est une action personnelle, & que les actions personnelles, ne peuvent pas être dirigées contre des tiers Détenteurs qui ne sont point obligés.

Et à l'égard de la première, qui regarde la restitution de l'héritage baillé en échange, c'est une action mixte, c'est-à-dire, qui tient du réel & du personnel, & qui peut être exercée contre le tiers Détenteur, pourvu que celui-ci n'ait point prescrit l'action hypothécaire, comme nous l'avons déjà dit; car s'il l'avoit prescrite, celui qui auroit été évincé, n'auroit aucune action contre le tiers Détenteur, *neque in rem, neque in personam*.

Ainsi le tiers Acquéreur & Détenteur des Biens affectés & hypothéqués à la garantie, prescrit par la possession de dix ou de vingt ans, l'hypothèque des Créanciers qui ont cette garantie à exercer; car quoique l'action en garantie dure trente ans, lors-

qu'elle est personnelle contre le Débiteur, néanmoins lorsqu'elle est réelle contre le tiers Détenteur, elle se prescrit par une possession paisible de dix ou de vingt ans, si les Créanciers n'ont assigné ce tiers Détenteur en Déclaration d'hypotèque, avant le tems de la prescription accompli. *Voyez Brodeau sur Louet, lettre P. chap. 2.*

Quoique la prescription de dix ou de vingt ans commence à courir, comme nous l'avons dit, en faveur du tiers Acquereur, du jour de son Contrat, d'acquisition, néanmoins lorsque le fonds par lui acquis se trouve dotal, cette prescription ne commence contre la Femme, que du jour qu'elle est libre; c'est-à-dire, du jour de la mort de son Mari, ou de la faisie générale de ses Biens; parce que pendant le mariage, la Femme ayant comme les mains liées, & ne pouvant pas agir; nulle prescription ne peut courir contre elle, suivant la maxime, *contra non valentem agere non currit præscriptio.*

Ainsi ce n'est qu'après la dissolution du mariage, que la Femme ayant repris ses actions, on peut lui opposer cette prescription, si elle laisse passer les dix ou vingt ans sans agir contre les tiers Acquereurs & Détenteurs des Biens sujets à l'hypotèque de sa dot, comme il a été jugé par l'Arrêt rapporté par *M. de Catellan, Liv.*

7. chap. 22. conformément à la disposition de la Loi 30. au Code de jur. dot.

Sur quoi il faut observer, que lorsque la prescription a commencé sur la tête de la Femme devenue Veuve, elle se continue contre elle pendant le second mariage, dans le cas même qu'elle s'est constituée en dot les mêmes sommes qu'elle avoit portées au premier Mari, par la raison qu'il est de maxime, que quand la prescription a commencé contre la Femme avant son mariage, elle se continue après, quoiqu'elle soit sous la puissance d'un second Mari, parce que rien n'empêche ce second Mari d'agir pour le paiement des sommes à lui constituées, puisqu'il a une action qui lui est propre & personnelle pour cela, comme maître des cas dotaux. *Voyez Catellan, ibidem.*

Nous avons dit que pour prescrire l'action hypothécaire, il faut que le tiers Acquéreur ait joui sans trouble des Biens par lui acquis, pendant dix ans entre présens, & vingt ans entre absens, en qualité de Propriétaire, soit par lui-même ou par ses Gens ou par ses Fermiers: d'où il faut conclure que celui qui n'a acquis les Biens qu'à titre d'engagement, ne peut pas opposer cette prescription aux Créanciers antérieurs à son acquisition sur le fonds engagé, par la raison que l'engagement

n'ôte point la propriété du fonds engagé à celui qui l'a baillé, comme il ne le donne point à celui qui le prend à ce titre : *Pignori rem acceptam usu non capimus, quia pro alieno possidemus*, dit la Loi 13. ff. de usurpat. & usucap.

Ainsi les Créanciers du véritable propriétaire du fonds engagé, tandis que leur action n'est point prescrite, peuvent toujours agir sur ce fonds, non-obstant le Bail en engagement fait par le Debitur, comme il a été jugé par les Arrêts rapportés par *M. de Catellan, Liv. chap. 23. & par Brodeau sur Louet, lettre P. somm. 41.*

Au surplus, l'hypothèque des Créanciers est si favorable, qu'elle leur donne le droit d'agir sur le fonds engagé, sans qu'ils soient obligés de discuter plutôt les autres Biens du Débiteur; cette discussion n'étant nécessaire que quand le Debitur a fait une aliénation absolue; mais à l'égard des Créanciers postérieurs au Contrat d'engagement, ils ne peuvent déposséder le Créancier engagiste, qu'en le remboursant du prix de l'engagement, tant en principal, que frais & loyaux couts, suivant les Auteurs cités, & *Vedel sur M. de Catellan à l'endroit cité.*

L'Engagiste ne pouvant pas prescrire, comme nous venons de le dire, l'action

hypotécaire des Créanciers, par la raison que *non sibi, sed Domino possidet*, il semble par la même raison, que si cet Engagiste vend comme propriétaire le fonds engagé à un tiers, l'Acquereur ne puisse pas non plus prescrire la propriété de ce fonds par aucun tems : cependant il a été jugé que dans ce cas le tiers Acquereur de l'engagiste, qui a joui sans trouble pendant trente ans de ce fonds, ne peut pas être recherché par le Propriétaire, comme ayant prescrit contre lui la propriété de ce fonds : par la raison que cet Acquereur n'a pas succédé à l'Engagiste à titre d'engagement, mais qu'il a joui *suo nomine*, en conséquence de la vente qui lui a été faite du fonds. *Catellan, ibidem.*

Ce que nous disons de l'Engagiste, n'a pas lieu à l'égard d'un tiers Acquereur à faculté de rachat ; car comme celui-ci est considéré, comme Propriétaire du fonds par lui acquis, quoique son Contrat puisse être résolu par la faculté réservée, il peut opposer cette prescription. Il y a en effet une différence bien sensible entre ces deux Acquereurs, en ce que l'Acquereur à faculté de rachat devient le propriétaire du fonds, du jour du Contrat, & que l'Engagiste ne le devient jamais, quelque possession qu'il ait du fonds engagé.

Du reste, pour interrompre cette prescription de l'hypothèque, il suffit suivant l'Annotateur de Lapeyrere, lettre P. page 326. de faire un simple acte de dénoncé d'hypothèque, signifié à l'Acquereur avant le dix ou vingt ans de la vente expirés, sans que le Créancier soit obligé de poursuivre en justice la déclaration d'hypothèque, & cette dénonciation subsiste pour tout le tems de la discussion des Biens du Débiteur, après quoi pour le payement, on peut faire saisir le fonds vendu entre les mains du tiers Possesseur, ce qui est ainsi observé suivant cet Auteur, au Parlement de Bordeaux, conformément à la disposition de la *Loi 17. au Code de rei vindicat.*

Mais il en est autrement au Parlement de Paris & au Parlement de Toulouse, où l'on distingue si le Contrat de vente du fonds hypothéqué n'est pas passé, il suffit de faire un simple acte de dénoncé d'hypothèque au prétendu Acquereur, afin qu'il ne l'ignore, parce que la simple dénoncé faite avant l'acquisition, empêche la bonne foi & la prescription; mais si le Contrat est déjà passé, il ne reste au Créancier d'autre ressource, que de faire assigner en justice l'Acquereur, en déclaration d'hypothèque, & la Sentence ou Arrêt qui déclare l'hypothèque sur le fonds vendu.

empêche la prescription de dix ou de vingt ans, & proroge l'action pour trente ans, à compter de cette Sentence ou de cet Arrêt, *suivant M. de Catellan, Liv. 7. Chap. 21.*

Ainsi, la seule dénonce faite à l'Acquereur après son acquisition, n'interrompt pas la prescription de l'action hypothécaire; mais si cette dénonce est suivie d'une instance en déclaration d'hypothèque, cette instance, pourvu qu'elle soit entretenue, constitue l'Acquereur en mauvaise foi, & empêche la prescription; car si le Créancier après l'assignation donnée, restoit trois ans sans faire aucune poursuite, cette instance, comme les autres, seroit périmée, & pouroit entraîner la prescription: comme il a été jugé par les Arrêts rapportés par M. de Catellan à l'endroit cité, & par l'Arrêt du 22. Janvier 1655. qu'on trouve rapporté dans le *Journal des Audiences, Tom. 1. Chap. 8. & Me. d'Hericourt à l'endroit déjà cité page 261.*



CHAPITRE VIII.

DES Cautions ou Fidejusseurs.

CAUTIONS ou Fidejusseurs, sont deux termes synonymes, qu'on employe pour exprimer ceux qui répondent pour un autre, ou qui se chargent de l'obligation contractée par un autre.

On les appelle Cautions, parce que leur obligation est une sûreté de celle du Créancier, & Fidejusseurs, parce que c'est sur la foi de leurs engagements, que s'assurent ceux avec qui ils s'obligent. *Aut proprio nomine quisque obligatur, aut alieno: qui autem alieno nomine obligatur, fidejussor vocatur, dit la Loi 1 § 2. ff. de oblig. & action.*

La mauvaise foi des Débiteurs & le dérangement de leurs affaires ont donné lieu à l'usage des Cautions ou Fidejusseurs; car comme les Débiteurs sont ordinairement très-ingenieux pour cacher l'état de leurs affaires, les Créanciers sont aussi attentifs à le découvrir pour se précautionner contre leur insolvabilité qu'ils prévoient, & s'assurer par l'obligation

d'un tiers de ce qu'ils risqueroient de perdre sur leurs Débiteurs, sans cette précaution.

Mais pour connoître toute l'étendue & l'effet du cautionnement, il faut considérer plusieurs choses. 1°. Quelles sont les personnes qui peuvent se rendre cautions, & celles qui ne peuvent pas s'en rendre, soit par leur qualité, soit par rapport à leurs facultés. 2°. La nature de l'obligation pour laquelle la caution s'oblige, & la forme du cautionnement. 3°. Les actions que le Créancier peut exercer contre la caution, & celles que la caution peut exercer contre le principal obligé. 4°. Dans le cas qu'il y a plusieurs cautions ou fidéjusseurs pour une obligation, quelle est l'action qui compéte les uns contre les autres. 5°. De quelle manière les actions qui dérivent du cautionnement peuvent prendre fin.

En premier lieu, les personnes qui peuvent se rendre cautions ou fidéjusseurs, sont tous ceux qui sont capables de contracter & de s'obliger, soit par rapport à leur âge ou à leur qualité, n'y ayant en eux aucun empêchement, qui soit un obstacle à leur obligation. Il n'y a d'exception suivant la *Loi 3. ff. de fidejussorib.* que pour les Esclaves, parce qu'ils sont sous la puissance de leurs Patrons, pour les fils

de famille , qui n'ont point de pécule , & pour les femmes , qui sont relevées de leur cautionnement.

Mais parmi nous , cette Loi n'est pas observée. Car , 1°. comme il n'y a point des esclaves en France , & que ceux qui viennent des Colonies Françoises , où l'esclavage a lieu , sont libres dès le moment qu'ils entrent dans le Royaume , ils peuvent par conséquent s'obliger par toute sorte de Contrats , s'ils ont des Biens , & même cautionner.

2°. Les fils de famille peuvent aussi s'obliger par toute sorte de Contrats , à l'exception du prêt défendu par le *Senatusconsulte Macédonien* ; & par conséquent ils peuvent cautionner. Et à l'égard des femmes & des filles , elles peuvent bien cautionner , mais elles sont relevées de leur cautionnement , par le *Senatusconsulte Velleien* : on n'excepte que le cas où les femmes s'obligent ou cautionnent *pietatis causâ* , pour tirer leurs Maris ou leurs enfans de prison ou de l'esclavage.

Les personnes qui ne peuvent pas cautionner , sont , 1°. Les Religieux séculiers & réguliers , lesquels étant morts au monde , sont incapables d'aucuns effets civils , & ne peuvent par conséquent s'obliger ni cautionner.

2°. Les prodiges , les fous , ou insensés

& les interdits n'étant capables d'aucune affaire, & n'ayant pas même la libre administration de leurs Biens, ne peuvent ni s'obliger ni cautionner valablement, si ce n'est à l'égard des Fous, qui ont des intervalles : on tient que l'obligation où le cautionnement qu'ils feroient pendant ces intervalles, seroient valables ; comme le décide le Jurisconsulte, en la Loi 1. *au Code, de contrahend. empt.*

3°. Les Mineurs de vingt-cinq ans sont mis au nombre de ceux qui ne peuvent pas cautionner valablement, parce qu'ils peuvent se faire relever de leur cautionnement dans les dix ans après leur majorité. Cependant, il est des cas, auxquels ils peuvent s'obliger & cautionner, comme lorsqu'ils font un Commerce public, & qu'ils répondent à un autre Commerçant, pour des Marchandises qu'ils ont acheté pour leur compte & pour leur Commerce ; car comme ils sont réputés majeurs pour tout ce qui regarde leur Commerce, leur cautionnement est valable, & ils ne peuvent pas en être relevés, suivant la disposition de *l'art. 6. du titre 1. de l'Ordonnance de 1673.* Il en seroit autrement, s'ils avoient cautionné à un autre, pour une chose à laquelle ils n'auroient aucun intérêt.

L'Ordonnance de 1667. *tit. 15. art. 14.*

déclare encore les Mineurs de vingt-cinq ans pourvûs des bénéfices, capables d'agir en Justice, sans l'autorité & assistance de leur Tuteur ou Curateur, tant pour ce qui concerne le possessoire, que pour les droits, fruits & revenus de leurs Bénéfices, suivant le Droit Canon, *au Chapitre dernier, extra de judiciis in-6^o*. De sorte qu'ils peuvent contracter & s'obliger valablement pour tout ce qui regarde leurs bénéfices.

Il en est de même des Mineurs qui se marient : ils sont aussi réputés Majeurs, pour tout ce qui dépend de leurs Contrats de mariage ; de sorte qu'ils peuvent contracter, reconnoître les Dots de leurs Femmes, en recevoir payement, & en faire toute quittance valable, sans autorité de Justice.

Enfin, tous ceux qui contractent, ou cautionnent pour raison de leur état, charge ou emploi, sont réputés Majeurs, & ne peuvent pas être relevés des obligations & cautionnement qu'ils ont consenti *ratione officii*, sous prétexte de minorité, parce que la raison naturelle & la bonne foi, ne permettent pas que ceux qui exercent une profession publique puissent l'exercer, sans pouvoir en même tems prendre des engagements valables, pour tout ce qui concerne cette pro-

cession ; sur quoi on peut voir les Arrêts rapportés par *M. de Catellan*, *Liv. 5. Chap. 26.* & par *Mr. d'Olive*, *Liv. 1. Chap. 30.*

4°. Les Prêtres & autres personnes constituées aux ordres sacrés, pouvant s'obliger par toute sorte de Contrats, peuvent aussi se rendre Cautions, & être contraints à payer tant sur leurs Biens patrimoniaux que sur les Fruits & Revenus de leurs Bénéfices ; suivant *Basnage, Traité des Hypothèques, Partie 2. chap. 2.* mais ils ne peuvent se rendre Cautions judiciaires, attendu que par l'art. 57. de l'Ordonnance de Blois, & la Déclaration du Roi, du 30 Juillet 1710. ils sont exempts de la contrainte personnelle, & que d'ailleurs le cautionnement leur est même défendu par les Saints Canons.

5°. Les Gentils-hommes, les Présidens & Conseillers des Cours Souveraines, de même que les Avocats & Procureurs, ne peuvent être pris pour Cautions judiciaires ; mais ils peuvent être pris pour Cautions volontaires, n'y ayant en eux aucun empêchement, ni incapacité pour s'obliger ni pour cautionner ; néanmoins, comme la discussion de leurs Biens est ordinairement difficile, il est rare qu'on les présente pour Cautions, & on n'est pas même obligé de les accepter, suivant *Basnage, à l'endroit cité.*

Comme il ne suffit pas de cautionner, & qu'il faut encore que la Caution présentée soit solvable, l'on considère la somme, pour laquelle la Caution est demandée, & si elle est médiocre, il suffit que la Caution ait assez de Biens pour la payer, comme le décide le Jurisconsulte, en la *Loi 234. ff. de verbor. signif.*

La *Loi 166. ff. de regul. jur.* décide qu'on peut obliger celui qui plaide pour un autre à donner caution, & non celui qui plaide en sa propre cause; mais cette Loi n'a pas lieu parmi nous. On n'oblige jamais celui qui plaide pour un autre ou pour lui-même de donner caution de payer le jugé, quand même il seroit évidemment insolvable, on n'excepte que les Etrangers & les Dévolutaires: ce qui doit être entendu à l'égard des Etrangers, lorsqu'ils sont Demandeurs contre un Français, & qu'ils n'ont point des Biens-immubles situés en France; car s'ils en avoient, & qu'ils fussent Défendeurs, ils ne seroient point sujets au Bail de caution.

Du reste, on entend par Etrangers, ceux qui ne sont pas naturalisés, & qui n'habitent point dans le Royaume, & le cautionnement qu'on exige d'eux, est fixé à une somme certaine, eû égard à l'importance du procès, suivant les Arrêts

dont parle Me Boutaric, dans ses Institutions du *Droit Français*, Liv. 4. Tit. 11.

Mais à l'égard des Dévolutaires, quoiqu'ils ne soient pas Etrangers, ils sont tenus de donner caution, pour une somme de 500. liv. qui se trouve fixée par l'art. 13. du titre 15. de l'Ordonnance de 1667. ou de la consigner au Greffe de la Justice où le procès est pendant : ce qui a été ainsi établi, afin que les Ecclésiastiques, trop ambitieux, qui le plus souvent sont sans Biens, ne jettent trop inconsidérément des dévolutus sur les Bénéfices, & ne viennent troubler ainsi le repos des Familles. Voilà pourquoi l'Ordonnance citée, veut que toute audience leur soit déniée jusques à ce qu'ils aient cautionné ou consigné cette somme, & que faute d'y satisfaire dans le délai prescrit par le Juge, ils soient déchûs de leur droit, sans qu'ils puissent être reçûs à purger la demeure.

Par les Arrêts qu'on trouve rapportés par M. Louet & Brodeau, lettre D. somm. 18. il a été jugé que la demande de la Caution doit être formée *in limine litis*, & avant la contestation en cause. Il en est autrement au Parlement de Toulouse, où l'on regarde le Bail de caution comme une exception péremptoire, attendu que

suivant l'Ordonnance de 1667. déjà citée, les Dévolutaires sont privés de leur droit, faute de satisfaire audit Bail de caution, & où l'on juge qu'on peut demander cette caution en tout état de cause, comme l'enseigne *Bornier, sur l'art. 13. de l'Ordonnance citée.*

Il est d'usage que pour le Bail de caution, celui qui est condamné à la donner, présente une personne solvable, laquelle pour prouver sa solvabilité, donne un état de ses Biens, Meubles & Immeubles, sur lequel, si les Biens sont trouvés suffisans, elle fait sa soumission au Greffe de la Jurisdiction où l'affaire est pendante; sur quoi il faut observer, que pour que la Caution soit solvable, il faut qu'elle ait des Immeubles; car si elle n'avoit que des Meubles, comme l'aliénation en est facile, & qu'on ne peut point les suivre par hypothèque, l'on pourroit refuser cette Caution par insolvabilité, à moins que ces meubles ne fussent d'une nature à ne pouvoir être déplacés aisément; comme par exemple, si c'étoit des Rentes foncières ou constituées dans les Pays où elles sont réputées Meubles, dans ce cas la Caution pourroit être reçue, sur-tout si la somme n'étoit pas considérable.

Et à l'égard de la Caution judiciaire, si elle est contestée, c'est au Débiteur à

établir qu'elle est solvable ; & à cet effet, il doit être donné copie de la déclaration des Biens de la Caution, & les pièces justificatives doivent être communiquées sur le récépissé du Procureur de la cause ; & sur la première assignation, à comparoître pardevant le Commissaire, il doit être procédé sur le champ à la réception ou rejet de la caution, & les Ordonnances rendues par le Commissaire doivent être exécutées non-obstant oppositions ou appellations, comme il est porté par l'art. 3. du titre 28. de l'Ordonnance de 1667.

Si au contraire, la Caution n'est pas contestée, elle doit faire sa soumission au Greffe, après avoir été présentée par Acte signifié à la Partie ou au Procureur, suivant la même Ordonnance.

Ce que nous disons des Déclarations que doivent donner les Cautions de leurs Biens, n'a pas lieu dans les Jurisdictions Consulaires, suivant l'art. 9. du Règlement fait par le Roi, le 3 Août 1668. qui exempte les Marchands & Négocians, sous les privilèges des Foires de Lyon, de donner des déclarations & dénombremens de leurs Biens, Meubles & Immeubles ; voulant qu'ils soient reçus pour Cautions, comme ci-devant. On trouve ce Règlement dans Bornier, sur l'art. 3. du Titre 28. de l'Ordonnance citée de l'édition de 1733.

Du reste, il est de la prudence des Juges & même de leur intérêt particulier, de prendre garde de ne recevoir que des cautions solvables, parce qu'ils sont tenus subsidiairement de leur insolvabilité, du tems qu'ils les ont reçues, suivant la disposition de la *Loi I. §. 11. ff. de Magistrat. convent.*

Mais si la Caution étoit solvable lorsqu'elle a été reçue, & que depuis elle soit devenuë insolvable, il est certain que le Juge qui l'a reçue n'est pas tenu de son insolvabilité survenuë dans la suite, parce qu'il suffit pour lui, qu'elle eût des Biens suffisans dans le tems qu'elle a été acceptée par les Parties, pour qu'il n'y ait pas de sa faute, si elle les a perdues par quelque accident imprévu. *Si Magistratus, dit la Loi citée, idoneum exigit, quamvis postea facultatibus lapsus sit, nihil est quod ei qui dedit imputetur.*

La caution, disons-nous, doit être évidemment solvable, lorsqu'elle est reçue: sur quoi on demande, si après que la Caution a été acceptée par les Parties, est ensuite devenue insolvable, celui qui l'a fournie est obligé d'en donner une autre? Pour décider cette question, il faut distinguer la Caution judiciaire, d'avec la Caution conventionnelle. A l'égard de la première, il est décidé dans le Droit,

que comme le Juge n'ordonne jamais la Caution, qu'avec connoissance de cause, si dans la suite cette Caution devient insolvable, le Débiteur en doit fournir une autre : *Si medio tempore calamitas Fidejussoribus insignis, vel magna inopia accidit causa cognita, ex integro satisfandum erit, dit la Loi 10. ff. qui satis dar. cogant.*

Et à l'égard de la seconde, celle-ci n'étant dûë que par la convention des Parties, si elle devient insolvable après le Contrat passé, le Débiteur ne peut pas être poursuivi pour en bailler une nouvelle, attendu que la Caution n'est pas si nécessaire, lorsque c'est le Créancier qui la demande, que lorsqu'elle est ordonnée par le Juge, *suivant Basnage, dans son Traité des Hypotéques, Partie 2. Chap. 2.*

Néanmoins *Mr. de Catellan, Liv. 5. Chap. 2.* rapporte des Arrêts qui ont jugé le contraire; c'est-à-dire, qui ont jugé, que dans le cas d'une obligation pour pret, le Créancier qui avoit preté sous une Caution solvable, devenué dans la suite insolvable, en pouvoit demander une nouvelle, & cet Auteur n'excepte de cette obligation, que le Débiteur d'une Rente constituée, lequel ne peut pas être contraint de bailler une nouvelle Caution,

sous pretexte de l'insolvabilité de la première; mais M. Vedel dans ses Observations sur cet Auteur, décide sans distinction, du Contrat de prêt ou du Bail à rente constituée, que toutes les fois que la Caution est devenuë insolvable par quelque revers de fortune, il est juste de donner au Créancier une nouvelle caution, pour la sûreté de la dette: Son opinion fondée sur la disposition de la *Loi 4. ff. ut in possess. Legat.* qui ne distingue point les différentes espèces de créances.

Enfin, pour que le cautionnement soit valable, il faut que la Caution s'oblige expressement par le même Acte consenti par le Débiteur, ou par un Acte séparé, de payer ce qui est dû au Créancier, faite par le Débiteur de remplir son obligation; car si quelqu'un ne faisoit que recommander une personne à une autre, par une Lettre ou verbalement, en disant que la personne qu'il lui recommande, est honnête homme & payera bien, ou qu'il est bien solvable, ce ne seroit alors qu'une simple recommandation, & non un cautionnement, qui ne donneroit aucune action au Créancier, contre celui qui l'auroit faite, comme il a été jugé par les Arrêts rapportés par *M. Maynard, Liv. 8. Chap. 29. par Papon, Liv. 10. tit. 4. art. 8. aux Additions, & par Bois-*

pot, Tom. 2. Liv. 8. *quest.* 5. Ce qui est conforme à la disposition du Droit, en la *Loi 12. §. 2. ff. mandati*, & en la *Loi dernière, §. neque*, au Code, *quod cum eo*.

En second lieu, il faut considérer à l'égard de la Caution, la nature de l'obligation, & la forme du cautionnement. Ainsi, 1°. la Caution ne doit être engagée par l'obligation, qu'autant que le Débiteur principal est engagé; de sorte que si l'obligation est nulle, & ne peut produire aucun effet contre le Débiteur, le cautionnement ne peut subsister.

2°. La Caution ne peut être engagée à des conditions plus rigoureuses que celles du principal obligé; mais elle peut s'engager à des conditions moins onéreuses; ainsi lorsque l'obligation est pure & simple pour le Débiteur, la Caution ne doit pas être obligée sous condition ni par corps, si le Débiteur est obligé pour un certain tems, la Caution ne peut pas être engagée pour un tems plus court, si l'obligation est payable en argent, la Caution ne doit pas être obligée à payer en bled, vin, ou autres denrées qui lui soient plus incommodes & plus difficiles à acquiter, & si le Débiteur n'est obligé de payer qu'une somme de 100. liv. la Caution ne doit pas être obligée de payer

200 liv. De sorte , que si elle se trouvoit obligée à payer une plus grande somme que celle qui seroit dûë par le Débiteur , son obligation seroit nulle jusques & à concurrence de la somme qui seroit véritablement dûë.

Mais si au contraire le Débiteur étoit obligé de payer 200 liv. & que la Caution ne fut obligée de payer que 100 liv. son engagement seroit valable , parce que , comme nous l'avons déjà dit , la Caution peut être obligée à des conditions moins onéreuses , que celles du principal Débiteur , quoiqu'elle ne puisse pas être engagée à des conditions plus onéreuses ; tout cela est décidé par les Loix du *Digeste* , au *Titre de Fidejussorib.*

En un mot , l'obligation de la Caution n'étant que l'accessoire de celle du principal obligé , elle ne doit pas en être différente : *Obligatio Fidejussoris est accessio principalis obligat onis ; nec plus in accessione potest esse , quam in principali* , dit la Loi 68. §. 1. ff. de *Fidejussorib.* ainsi , celui qui n'a cautionné que pour la somme principale , ne doit , ni les intérêts ni les dépens , & ne doit tout au plus , que les intérêts qui ont couru depuis l'instance formée contre le Débiteur ou contre lui.

A l'égard de la forme du cautionne-

ment, il faut confidérer encore les termes de l'obligation; car si elle consiste à faire quelque chose, comme par exemple, à bâtir ou à réparer quelque Edifice, dans ce cas, le principal obligé, ne remplissant pas son obligation, la Caution ne seroit pas tenue de l'exécuter; elle seroit seulement condamnée aux dommages & intérêts de celui, au profit de qui l'obligation auroit été consentie, *suivant la décision de la Loi 13. ff. de re judic.*

Il en seroit de même si la Caution s'étoit obligée de payer tout ce qui pourroit être dû par le Débiteur; car comme dans ce cas l'obligation seroit indéfinie, la Caution faite de paiement, seroit tenue des intérêts des sommes dûes, à compter du jour que la demande en auroit été faite au Débiteur principal: mais il en seroit autrement, si la Caution s'étoit obligée de payer une certaine somme; comme dans ce cas la somme seroit fixe & déterminée, elle ne seroit tenue à aucuns intérêts, & à l'égard des dépens faits contre le Débiteur, elle ne seroit pas tenue d'en payer aucuns, attendu que ces dépens sont personnels au Débiteur; mais la Caution devroit ceux qui seroient faits contre elle, du jour qu'elle a été mise en cause, *suivant Basnage, à l'endroit déjà cité, ch. 3.*

Lorsque le cautionnement est forme par

Lettre en ces termes : Je vous prie de donner à un tel , tout l'argent qu'il vous demandera , & je vous en réponds ; & que celui à qui la priere est adressée , baill plusieurs sommes & en différends tems à celui qui est recommandé , la Caution sera dans ce cas obligée de payer toutes ces sommes au Créancier , parce que le terme , tout l'argent , est indéfini , & comprend toutes les sommes qui ont été baillees , *ubi autem verba sunt ad infinita , toleratur infinitas , Leg. 55. ff. de Fidejussorib.*

À l'égard des Cautions judiciaires , il faut aussi considérer les termes , dans lesquels le cautionnement est fait , soit en matière civile ou en matière criminelle : ainsi si la Caution s'est obligée indéfiniment de payer le jugé , elle doit payer , non-seulement les condamnations portées par la Sentence du premier Juge , mais encore celles qui sont prononcées en cause d'appel , à l'exception de l'amende du fol appel , parce que l'appel n'a aucun rapport avec la cause principale , & ne regarde que le Débiteur , qui seul doit supporter cette amende. Il en seroit autrement si la Caution ne s'étoit obligée taxativement de payer que les condamnations de l'instance principale ; dans ce cas elle seroit déchargée des depens faits en cause d'appel. *Fidejussor judicatum solvi acceptus*

acceptus in prima causa, non tenetur in eo quod postea judicatur in causa appellationis, comme le décident les Loix 3. & 20. ff. *Judicatum solvi*, & Baynage à l'endroit cité, Partie seconde, page 24.

En matiere criminelle, la Caution peut s'obliger de deux manières; sçavoir, de représenter seulement le prisonnier, ou de le représenter, & de payer encore le jugé; celui qui s'est obligé seulement de représenter le Prisonnier, est tenu des dommages & intérêts envers la Partie civile, faute de le représenter; mais celui qui s'est obligé de représenter le Prisonnier, & de payer le jugé, n'en est pas quitte en le représentant, il peut encore être poursuivi pour le payement des condamnations portées contre l'accusé, suivant Basf page à l'endroit cité.

Néanmoins le contraire a été jugé par les Arrêts rapportés par M. Maynard, Liv. 2. Chap. 28. & par Papon en ses Arrêts, Liv. 10. tit. 4. arr. 1. & 7. En effet, ils ont jugé que le terme du cautionnement, de représenter le prisonnier & de payer le jugé, ne doit être entendu que *civili modo*; c'est-à-dire, au cas seulement que la Caution ne représente pas le prisonnier, auquel cas elle est tenue des dommages & intérêts envers la Partie, & non dans le cas qu'elle le représente, parce qu'en repré

sentant le Prisonnier, la Caution remplit son engagement, & n'est plus tenuë aux dommages & intérêts, ni au payement du jugé : de sorte que par ces Arrêts les Cautions qui s'étoient obligées de représenter les Prisonniers, & de payer le jugé, ayant en effet représenté les prisonniers, furent relaxées des demandes faites contre elles.

Enfin, il est indifférent pour la forme du cautionnement, que la Caution intervienne dans l'Acte d'obligation principale, ou qu'elle s'oblige par un Acte séparé, dans l'un & dans l'autre cas, son engagement est parfait; mais si la Caution n'est pas entrée dans l'Acte, ou que le Débiteur ne l'offre point volontairement, le Créancier ne peut l'y contraindre après l'Acte passé, devant s'imputer de ne l'avoir pas exigée auparavant, & dans le cas que le Créancier l'a acceptée, quoiqu'elle soit insolvable, il n'est pas reçu à en demander une autre, parce qu'en l'acceptant malgré son insolvabilité, il s'est contenté de son obligation sans autre assurance : *Ipsium enim facilitati suæ expensum ferre debet, quominus Fidejussores idoneos accipit, neque enim oportet per singula momenta onerari eum à quo satispetitur, Leg. 3. §. 3. l. ut in possess. legat.*

En troisieme lieu, l'action du Creancier contre la Caution est différente, selon la qualité de la Caution, & la nature de l'obligation : ainsi il faut distinguer la Caution judiciaire de la Caution conventionnelle. La Caution judiciaire, peut être contrainte de payer après le Jugement rendu & les délais expirés, sans aucune discussion des Biens du principal obligé, parce que dans ce cas, le Débiteur & la Caution sont regardés comme corrés ; de sorte que la condamnation prononcée contre le Débiteur principal, peut être aussi exécutée contre la Caution sans autre formalité de Justice.

Il en est autrement de cette Caution, en matiere criminelle; celui qui s'est obligé de représenter l'accusé, ne subit point la peine imposée à l'accusé, au cas il ne le représente pas : il est seulement tenu, comme nous l'avons déjà observé, aux dommages & intérêts de la partie civile, & s'il le représente, ou que l'accusé se remette lui-même dans les prisons, soit en premiere instance ou en cause d'appel, il est alors déchargé du cautionnement, *comme l'enseigne Basnage à l'endroit cité, chap. 4.*

À l'égard de la Caution conventionnelle, lorsque son cautionnement est simple, elle ne peut pas être poursuivie par le

Créancier avant la discussion des Biens du principal obligé, parce qu'elle n'est obligée de payer la dette, que dans le cas que les Biens du Débiteur sont insuffisans après la discussion faite, & cette discussion consiste, en ce que la Caution ne peut être poursuivie par le Créancier, qu'après qu'il a fait saisir & vendre tous les Biens du Débiteur principal, s'il en a, sans pouvoir en être payé.

Il faut observer que cette discussion n'avoit pas lieu par l'ancien Droit Romain, comme on peut voir dans le titre du Code de *Fidejussoribus*, mais elle a été accordée aux Cautions, par la *Novelle 4. chap. 21. & l'Autentique présente, Cod. de Fidejussorib. & mandatorib.*

Outre ce bénéfice de discussion, les Cautions jouissent encore d'un autre bénéfice, qu'on appelle de division qui consiste en ce que, lorsqu'il y a deux ou plusieurs Cautions dans une obligation, elles peuvent obliger le Créancier à diviser son action contre chacune d'elles; en sorte qu'elles ne puissent être poursuivies que pour leur portion, pourvu que lorsqu'elles demandent cette division, elles soient toutes solvables; car s'il y en avoit une qui fût insolvable, les autres seroient tenues de payer sa portion.

Les Cautions, disons-nous, jouissent

des deux bénéfices de discussion & de division ; mais il faut remarquer qu'elles peuvent y renoncer en faveur du Créancier, pourvû qu'elles le fassent expressement dans l'Acte : de sorte que dans ce cas elles peuvent être poursuivies, chacune pour l'entiere dette, y comprise la portion de l'insolvable, s'il y en a.

Depuis que ces deux bénéfices ont été introduits, on ne manque guère d'y faire renoncer les Cautions, & cette renonciation est aujourd'hui comme de style dans les Contrats d'obligation, où l'on fait entrer des Cautions, en les faisant renoncer à tout bénéfice de division & de discussion.

Il y a encore un troisième bénéfice accordé aux Cautions, qu'on appelle cession d'actions, dont nous parlerons dans la suite de ce Traité, qui consiste, en ce que celle de plusieurs Cautions, qui a payé l'entiere dette, peut obliger le Créancier de lui ceder ses actions, pour agir contre les autres, pour son remboursement.

Sur quoi il faut remarquer, qu'il est des cas où les Cautions ne peuvent pas jouir du bénéfice de discussion, comme par exemple, lorsqu'elles se sont obligées de payer la dette, au cas que le Débiteur ne paye pas. Il suffit dans ce cas, d'avoir interpellé le Debiteur, & faute de paye-

ment, le Créancier peut actionner la Caution à payer, sans qu'elle puisse se servir du bénéfice de discussion, par la raison que dans ce cas, ce n'est pas un véritable cautionnement, mais une obligation personnelle, de la part de celui qui s'est obligé de payer, faite par le Débiteur de le faire au terme porté par l'obligation: de sorte que le Débiteur ne payant pas, après une simple interpellation à lui faite, la Caution, peut être poursuivie en paiement de la dette, *comme le décide la Loi 16. §. dernier, ff. de Fidejussorib.*

Il en seroit sans doute autrement, si la Caution ne s'étoit obligée de payer, que dans le cas que le Débiteur seroit insolvable; comme dans ce cas, ce seroit un véritable cautionnement, le Créancier ne pourroit poursuivre la Caution, qu'après avoir discuté les Biens du Débiteur, & l'avoir rendu insolvable. Ainsi, dans les cautionnemens, il faut examiner les différentes obligations des Cautions, par les différentes clauses des Contrats, pour distinguer leurs engagements.

Du reste, les bénéfices d'ordre & de discussion, étant regardés comme une exception dilatoire, *Suivant Faber, en son Code, Liv. 8. tit. 23. definit. 1.* la Caution ne peut plus l'opposer après la contestation en cause; mais les Arrêts rap-

portés par *Me. Dolive*, *Liv. 4. Chap. 22.* ont jugé que cette exception étoit dilatoire & péremptoire, suivant l'événement de la discussion : en effet, elle peut être regardée comme dilatoire, en ce qu'elle a pour objet, de suspendre les poursuites du Créancier contre la Caution, jusques à ce que le principal obligé ait été discuté, & elle peut être péremptoire, dans le cas où le Débitur se trouve avoir de quoi payer, après la discussion faite de ses Biens; de sorte que *suivant Me. Dolive*, cette exception ne doit pas être considérée, comme purement dilatoire, mais comme un remède & un bénéfice de droit, auquel il est permis de recourir en tout tems, soit en première instance ou en cause d'appel, pourvu que ce soit avant la condamnation. Il en est de même du bénéfice de division, qui peut être opposé en tout état de cause, *suivant la disposition de la Loi 10. §. 1. Cod. de Fidejussorib.* sur quoi il faut remarquer, que ces deux bénéfices de division d'ordre, & de discussion, ne peuvent pas être suppléés par le Juge, il faut nécessairement que les Cautions l'opposent elles-mêmes, sans quoi elles ne peuvent en tirer aucun avantage, *suivant Basnage, à l'endroit cité, Chap. 4. page 31.*

Quant aux Cautions judiciaires, elles

ne peuvent pas opposer aucuns de ces bénéfices, par la raison qu'elles sont regardées comme dépositaires des Biens de Justice, & en cette qualité tenuës de remplir leurs engagements, sans pouvoir se servir d'aucune exception. Voilà pourquoi elles peuvent être contraintes par corps au paiement, sans qu'il soit besoin de discuter le Débiteur principal. Il en est autrement des Certificateurs des Cautions; ceux-ci jouissent du bénéfice de discussion, attendu que leur intervention n'est que pour certifier que la Caution est solvable, & que par conséquent, ils ne sont obligés que subsidiairement, en cas d'insolvabilité de la Caution, après la discussion faite de ses Biens, comme il a été jugé par les Arrêts rapportés par Rebufe, dans son *Traité de Litter. obligas.* par M. Louet, lettre F. nomb. 23. & par M. le Prêtre, *Centurie 1. Chap. 76.*

Il est encore des cas où le bénéfice de division ne peut servir de rien à la Caution, comme lorsqu'un homme s'oblige ou cautionne conjointement avec une Femme; l'homme ne pouvant pas ignorer que l'obligation ou le cautionnement de la Femme est nul, il reste seul obligé; & ne peut pas opposer ce bénéfice, pour faire diviser l'action, entre lui & la Femme. *Cum scire potuerit, aut ignorare non*

debuerit mulierem frustra in tercedere. Comme le décide le Jurifconsulte, en la Loi 48. ff. de Fidejussorib.

Ce que nous disons du cautionnement de la Femme, n a pas lieu à l'égard du Mineur; car quoique ce dernier puisse être relevé de son cautionnement, de meme que la Femme, il y a néanmoins cette différence entre eux, en ce que la Loi défend expressement aux Femmes de cautionner, au lieu qu'il n'y a aucune Loi qui défende aux Mineurs de s obliger ni de cautionner pour autrui, de sorte que la Femme a une exception certaine, qui détruit de plein droit son obligation; mais celle du Mineur ne peut être détraite que par une restitution en entier, incertaine & arbitraire, & que la Justice n'accorde qu'avec connoissance de cause, dans le cas qu'il est lezé par l'obligation qu'il a contractée: *Causa enim cognita & presentibus adversariis, in integrum restitutiones perpendendæ sunt, dit la Loi 13. ff. de Minoribus.*

Quoique plusieurs Coblignés & plusieurs Cautions se soient obligées solidairement, & ayent renoncé au bénéfice de division, si cependant le Créancier a divisé la dette, comme s'il en a reçu une partie de l'un des Coblignés, *arimo dividendi*, la dette est censée divisée, & il ne peut pas dans

ce cas agir solidairement contre chacun d'eux pour le tout : sur quoi il faut remarquer, que le paiement seul d'une partie de la dette par l'un de Coobligés, ne suffit pas pour faire presumer que le Créancier a entendu la diviser ; mais qu'il faut encore que la Quittance soit conçue en termes précis, comme si le Créancier dit, que moyennant le paiement fait par l'un des Coobligés, il le tient quitte de sa portion de la dette, sans réserver la solidité, sans quoi la division n'est point présumée, suivant la disposition de la *Loi 12. Cod. de pactis.*

Il en seroit autrement, si le Créancier en recevant la portion d'un des Coobligés, disoit, que c'étoit pour lui faire plaisir, & pour le gratifier, qu'il a reçu sa portion, dans ce cas l'obligation ne seroit point censée divisée, parce qu'il faut comme nous l'avons déjà dit ; pour presumer la division de la dette, que le Créancier en ait reçu cette partie, *animo dividendi*, au lieu que par les termes de gratifier, il paroîtroit que l'intention du Créancier n'a été que de faire plaisir à ce Coobligé, & non de diviser sa dette avec tous les autres, comme il a été jugé par l'Arrêt qu'on trouve rapporté dans les *Plaidoyers d'Anne Robert, au Liv. 4. Chap. 7. & Basnage,* à l'endroit cité, page 38.

Il en seroit de même, si la Quittance étoit pure & simple, & sans aucune réserve; car quoique le Coobligé eût payé sa portion de la dette, on ne presume point de division de la part du Créancier à son égard, ni à l'égard des autres Coobligés solidaires, parce que pour présumer cette division, il faudroit que le Créancier eût témoigné son intention, comme nous l'avons dit, par des termes exprès; de sorte que pour éviter toute contestation, on doit insérer dans la Quittance, que c'est sans préjudice de la solidité de la dette, ou que le Créancier y renonce expressement, comme *l'enseigne Basnage à l'endroit cité, page 39.*

Mais si le Créancier poursuivoit en Justice l'un des Coobligés solidaires, & qu'il le fit condamner à lui payer sa portion seulement, il ne pourroit après cette condamnation, demander au condamné que sa portion, & non la portion des autres, quoique solidaire. Il en seroit de même s'il avoit poursuivi tous les Coobligés, chacun pour sa portion de la dette; il seroit alors censé avoir divisé la Créance, parce que les poursuites faites en Justice, contre chacun des Coobligés en particulier, valent autant & produisent le même effet qu'une division de la dette, & une renonciation expresse à la solidité,

348 *Traité des Hypothèques.*
suivant la décision de la Loi 16. au Code de
Fidejussorib. & Bacquet, à l'endroit cité,
Chap. 2. nomb. 24.

La condamnation poursuivie & obtenue contre chacun des Coobligés solidaires, est encore une preuve que le Créancier a divisé sa dette, ce qui l'empêche de pouvoir exercer son action solidaire, contre chacun d'eux; il en seroit sans doute autrement, si avant la condamnation, & pendant le procès, le Créancier avoit corrigé sa demande, & qu'au lieu d'exercer son action contre l'un des Coobligés pour sa portion, il eût conclu par un libelle exprès, à la condamnation solidaire de l'entière dette contre ce Coobligé, ou contre tous les autres, parce que suivant le Droit, tout Demandeur pouvant corriger sa demande en tout état de cause, jusques au Jugement définitif du procès, & par-là conserver ses droits, le Créancier peut jusques à la condamnation définitive, conserver son action solidaire, & l'exercer contre chacun des Coobligés, suivant *Basnage*, en l'endroit déjà cité, page 41.

A l'égard des arrérages d'une Rente constituée par plusieurs Coobligés solidaires, si le Créancier a reçu de l'un d'eux sa portion pendant quelques années, cette Rente n'est pas pour cela censée divisée,

non plus que les arrérages qui en seroient dûs à l'avenir, mais seulement pour le passé, attendu que la rente étant dûë annuellement, la reception de la rente échüe & des arrérages d'un des Coobligés solidaires, ne peut pas tirer à conséquence pour l'avenir, sans une convention ou une renonciation expresse à la solidité de la rente; comme le décide le *Jur consulte en la Loi 40. §. 2. ff. de pactis*, & *Bacquet dans son Traité des droits de Justice, Ch. 21. nomb. 246.*

Enfin, ce que nous disons des Coobligés solidaires, doit aussi s'appliquer aux Cautions solidaires, quoiqu'elles aient renoncé aux bénéfices de division; c'est-à-dire, que dans tous les cas auxquels on juge que le Créancier a divisé son action entre ses Coobligés solidaires, on juge de meme, qu'il l'a divisée entre les Cautions solidaires, les uns n'étant pas moins favorables que les autres, *suivant Basnage, ibide n, page 37.*

En quatrième lieu, l'action que la Caution peut exercer contre le principal Débiteur, consiste, à le poursuivre en justice, pour se faire décharger du cautionnement, soit en l'obligeant d'acquitter la dette, ou par d'autres voyes, ce qu'il peut faire en deux tems différens; sçavoir, avant d'avoir acquitté la dette ou après.

Premièrement, la Caution peut demander sa décharge, avant d'avoir payé la dette dans plusieurs cas, & lorsqu'elle a resté long-tems obligée, *si diu in solutione reus cessavit, comme dit le Jurisconsulte, en la Loi 38. §. 1. ff. mandati*, parce qu'il n'est pas juste qu'une Caution qui ne s'est obligée que pour faire plaisir au Débiteur, soit perpétuellement engagée, & se voye ainsi exposée tous les jours à être convenue en justice, au payement d'une somme qu'elle ne doit pas, enforte qu'après un long tems, elle peut contraindre le Débiteur à remplir son obligation & à satisfaire le Créancier.

Sur quoi, il faut observer que pour déterminer le long tems dont parle la Loi citée, le Jurisconsulte le laisse à l'arbitrage du Juge, *arbitrio Judicis*, mais le Parlement de Toulouse l'a fixé à dix ans, à compter du jour de l'obligation de la Caution, comme on peut voir par les Arrêts rapportés par *M. de Catellan, Liv. 5. Ch. 27.* de sorte qu'après cet intervalle de tems, la Caution peut actionner le Débiteur à la décharger de son cautionnement, & à faute de le faire dans un certain délai, se voir condamner à acquitter la dette.

Il faut remarquer que ce que nous venons de dire de la décharge de la Cau-

tion, doit être en lui dans le cas, qu'il ne s'agit que d'une simple dette exigible: car il en est autrement lorsqu'il s'agit d'une Rente constituée; quelque tems qui se soit passé depuis l'obligation, la Caution demeure toujours engagée, & ne peut contraindre le Débiteur à payer le capital, tandis qu'il paye exactement la Rente, parce qu'en s'obligeant pour une Rente constituée, la Caution a sçu en même tems qu'elle cautionnoit pour une somme que le Débiteur ne pouvoit pas être contraint de payer: or le cautionnement étant l'accessoire de l'obligation principale, il suit nécessairement, qu'elle doit subir le même sort, & qu'elle doit rester engagée, tout autant de tems que l'obligation subsistera, & jusques à ce qu'il plaise au Débiteur principal de se libérer, si ce n'est qu'il fût convenu entre le Débiteur & la Caution, qu'après un certain tems, le Débiteur seroit tenu de racheter la Rente.
M. de Catellan, à l'endroit cité.

Cependant Ferrière, dans son Dictionnaire de la Pratique, sous le mot *Caution*, rapporte un Arrêt du Conseil, du 7 Avril 1704. le même qui est rapporté par *Brillon, Tome 1. nomb 297. in verbo caution.* qui a jugé, que quoique le Débiteur ne se soit pas obligé de racheter la Rente constituée dans un certain tems, il peut néan-

moins après un certain nombre d'années y être contraint par la Caution, dans le délai qu'il plaît au Juge de préférer, & cela pour ne pas laisser la Caution perpétuellement engagée.

Mais la Jurisprudence du Parlement de Toulouse, est telle que nous l'avons dit, que l'obligation de la Caution doit durer autant que celle du principal Débiteur, lorsqu'il s'agit d'une Rente constituée, & cette Jurisprudence paroît la meilleure, comme plus conforme aux principes du Droit Romain, suivant lesquels, *accessorium sequitur naturam principalis*. Or la Caution s'étant obligée pour une Rente constituée, qui de sa nature doit durer jusques à ce qu'il plaise au Débiteur de se libérer, il faut conséquemment que son obligation dure autant de tems que celle du Débiteur.

Il en faut dire de même de la Caution baillée par le Marien recevant les deniers dotaux de la Femme des mains de son Beau-pere ou Beau-frere, de les conserver jusques au tems de la dissolution du mariage. Cette Caution ainsi engagée, ne peut pas demander au Mari la décharge du cautionnement, pour si long-tems que le mariage dure, attendu que pendant le mariage, le Mari ne peut pas être contraint de rendre la dot, & que la Caution n'a

pû ignorer que son engagement devoit durer autant que le mariage.

Il en est encore de même de la Caution d'un Tuteur, qui ne peut demander sa décharge du cautionnement, sous prétexte que la Tutelle auroit duré plus de dix années, attendu qu'en cautionnant, il devoit sçavoir que son obligation ne prendroit fin qu'à la majorité des Pupilles ou des Mineurs.

Enfin, celui qui s'est rendu Caution ou Garant d'une éviction, demeure toujours engagé, tant que l'acheteur peut être evincé & dépossédé du fonds par lui acquis, parce que l'engagement de la Caution doit durer autant de tems que l'action en éviction, *suivant Basnage à l'endroit cité.*

2°. La Caution peut agir contre le principal Debiteur, pour le faire décharger de son cautionnement, dèsque le Debiteur commence à dissiper ses Biens: *Si bona sua dissipet, comme le dit le Jurisconsulte, en la Loi 38. déjà citée,* parce que par cette dissipation, le Debiteur devenant insolvable, la Caution peut l'obliger a le decharger du cautionnement; mais si le Debiteur avoit commencé cette dissipation avant que la Caution ne fût reçue, la Caution ne pourroit pas demander sa décharge, devint s'imputer d'avoir cautionné pour un Debiteur qui devenoit insolvab-

354 *Traité des Hypotéques.*
ble, *Despeyffes*, Tom. 1. partie 2. sect.
2. nomb. 33.

3°. La Caution peut demander la décharge de son cautionnement, dans tous les cas où le Débiteur principal est déchargé de son obligation, soit par le paiement réel de la dette, ou pour compensation; soit par transaction en traitant de la dette, soit par prescription, parce que dans tous ces cas, l'obligation étant éteinte, le cautionnement qui en est l'accessoire, ne peut plus subsister, comme il est décidé dans les *Loix* 37. & 68. §. *ultim. ff. de Fidejussorib.*

4°. La Caution est déchargée de son obligation par la Novation, quoique imparfaite & insuffisante, pour éteindre l'obligation du Débiteur; c'est-à-dire, par une nouvelle obligation du Débiteur envers le Créancier, où la Caution n'est pas intervenüe; ainsi, si après le terme du paiement expiré, le Créancier le proroge en faveur du Débiteur, par une nouvelle convention sans appeler la Caution, s'il convertit une simple obligation en un Contrat de constitution de Rente; dans tous ces cas & autres semblables, où il paroît que la Caution n'est pas intervenüe dans la nouvelle convention, & qu'elle n'a pas entendu s'obliger, elle est déchargée de plein droit de son cautionnement, comme

il a été jugé par l'Arrêt du Parlement de Paris, qu'on trouve rapporté par Charondas en ses reponses, *Liv. 7. Chap. 74.* & dans ses Observations, sous le mot *Cautions*, & sous le mot *Fidejusseurs*.

Il en est de même dans le cas, auquel le Débiteur principal a quelque exception inhérente à la chose, pour détruire ou faire annuler son obligation, parce que les exceptions du Débiteur profitent à la Caution, comme l'enseigne le Jurisconsulte, en la *Loi 7. §. 1. ff. de exception. & presumption.*

Mais les exceptions qui ne sont point inhérentes à la chose, & qui sont seulement attachées à la personne du Débiteur principal, ne profitent point à la Caution; ainsi par exemple, l'exception qui est accordée au Débiteur qui fait cession des Biens, ou au Mineur qui peut se faire relever de son obligation, lorsqu'il est lezé, ni celle qui est prise de la confiscation de ses Biens, ne profitent pas à la Caution, elle demeure engagée, quoique le Débiteur principal soit dégagé de son obligation, suivant la *Loi 7. déjà citée.*

5°. La Caution est déchargée de son cautionnement, dans le cas auquel le Débiteur principal, ou la Caution même est devenuë héritière du Créancier, parce que par l'acceptation de cette Succession, la

qualité de Débiteur & de Créancier, étant réunie sur la tête de la même personne, il se fait une confusion des droits de l'un & de l'autre, qui anéantit l'obligation & le cautionnement tout ensemble, comme il est décidé dans la *Loi 24. ff. de Fidejussorib. & dans la Loi 24. Cod. eod. tit.*

Il en est de même dans le cas auquel une même personne succède, tant au Débiteur qu'à la Caution, parce qu'alors les deux qualités de Débiteur & de Caution étant réunies sur la même tête, l'obligation & le cautionnement sont éteints; de sorte que ce Successeur ne peut pas être poursuivi, comme Caution, mais seulement comme héritier du Débiteur principal, ainsi que le décide la *Loi 24. Cod. de Fidejussorib. déjà citée, & Guipape, quest. 211. nomb. 3.* si ce n'est que le cautionnement fût plus avantageux au Créancier: comme par exemple, si la Caution n'avoit accepté l'hérédité du Débiteur principal, que si us bénéfice d'inventaire, qu'il pourroit repudier, lorsqu'il jugeroit à propos, auquel cas l'obligation de la Caution ne seroit pas éteinte, & le Créancier pourroit agir contre elle en cette qualité, pour son paiement, parce qu'il ne seroit pas juste que le Créancier souffrit du dommage par la répudiation que la Caution pour-

roit faire en tout tems de la Succession, ou par l'acceptation qu'un autre en pourroit faire : ainsi, il faut dans ce cas que le Créancier conserve son action contre la Caution, au cas qu'elle repudie l'hérité au Débiteur, suivant Chopin, *de Doncan, Liv. 3. t. t. 14. nomb. 5.*

Ce que nous disons du cas auquel le Débiteur & la Caution sont devenus héritiers du Créancier, doit s'appliquer aussi, au cas où le Créancier deviendroit héritier de son Débiteur & de sa Caution : dans l'un & dans l'autre cas, l'obligation & le cautionnement étant éteints de plein droit, l'action qui en résulte, seroit pareillement éteinte, comme le décident *les Loix 38. §. 1. & 71. in princip. ff. de Fidejussorib.*

6°. La Caution peut demander sa décharge, lorsque dans le contrat la durée de son cautionnement a été limitée à un certain tems, & que ce tems a passé, soit qu'il y ait plus de dix ans ou moins, parce que les clauses des contrats étant *stricti Juris*, doivent être étroitement observées, *Voyez Basfrage à l'endroit cité, Chap. 7.*

Secondement, la caution peut se faire décharger de son obligation, après qu'elle a payé la dette pour le Débiteur ; elle en est même déchargée de plein droit, quand même le Créancier, en recevant son paiement de ses mains, auroit refusé

de lui donner sa décharge , parce qu'au moyen du paiement , l'obligation étant éteinte , la caution est déchargée de plein droit de son cautionnement , & peut demander dans ce cas son remboursement contre le Débiteur principal.

Enfin la caution peut se faire décharger de son obligation , lorsque le Débiteur principal est en demeure de payer le Créancier au terme expiré , quand même le Créancier ne feroit aucune demande de la dette , il peut même l'obliger à payer le Créancier avant le terme , lorsqu'il dissipe ses Biens , ou qu'ils sont saisis réellement par d'autres Créanciers ; comme dans ce cas l'indemnité de la caution est en péril , elle peut faire ses diligences contre le Débiteur , pour l'obliger à acquitter la dette , suivant la décision de la Loi 38. §. 1. ff. *mandati* , déjà citée.

A l'égard de l'action que le Créancier a contre la caution , elle consiste , 1°. en ce qu'il peut l'obliger de payer la dette après le terme échu , en défaut de paiement de la part du Débiteur principal , discussion préalablement faite de ses Biens , à moins que la caution n'ait renoncé dans le contrat de cautionnement , au bénéfice de discussion , par une clause expresse , comme l'enseigne Justinien dans ses *Institutes* , au §. dernier ; titre 14. du Liv. 4.

2°. En ce que le Créancier peut obliger la caution d'acquitter la dette, dans le cas auquel le Débiteur est absent, qu'il a pris la fuite, ou qu'il s'est caché, & qu'il n'a point des Biens apparents; dans tous ces cas, la caution peut être convenue en justice pour le payement de la dette, à moins qu'elle n'obtienne un délai, pour indiquer les Biens du Débiteur, ou pour l'obliger de payer, suivant la *Novelle 4. Chap. 4.*

Il faut observer que si la caution paye le Créancier avant le terme; elle ne peut agir contre le Débiteur principal, pour son remboursement, qu'après le terme échu, parce que le payement fait par la caution, avant le terme, ne doit point porter préjudice au Débiteur, qui n'est obligé de payer qu'après le terme. *Si Fidejussor, vel quis alius pro eo antè diem creditori solverit, expectare debet diem quo eum solvere oportuit, Leg. 31. ff. de Fidejussorib.*

Mais si la caution paye après le terme, elle peut agir aussi-tôt contre le Débiteur pour son remboursement, quoiqu'il n'y ait aucune poursuite ni condamnation obtenue de la part du Créancier. *Fidejussores & mandatores, & si, sine judicio solverint, habent actionem mandati, Lege 10. §. 11. ff. mandati.*

Il en seroit autrement , si la caution avoit payé sans avertir le Débiteur , & que celui-ci ignorant le paiement fait par la caution , payât une seconde fois , ce seroit alors à la caution à s'imputer d'avoir laissé le Débiteur exposé à payer deux fois , faute de l'avoir averti , & ne pourroit dans ce cas , demander son remboursement que contre le Créancier , qui auroit reçu deux fois son paiement , & non contre le Débiteur , *comme le décide le Jurisconsulte , en la Loi 29. §. 3. ff. mandati.*

Ainsi , quoique la caution puisse payer sans être poursuivie par le Créancier , néanmoins il ne doit pas payer légèrement , & sans avertir le Débiteur , qui d'ailleurs peut avoir des moyens ou des exceptions pour anéantir l'obligation , ou pour différer le paiement de la dette ; comme par exemple , si le Débiteur avoit une prescription , ou autre exception peremptoire à opposer au Créancier , & que nonobstant ces exceptions qu'elle ne pouvoit pas ignorer , elle a payé indiscrettement , elle ne pourroit dans ce cas avoir aucun recours contre le Débiteur , devant s'imputer d'avoir payé mal-à-propos une dette que ce Débiteur pouvoit se dispenser de payer , & pour laquelle le cautionnement ne devoit avoir aucun effet , suivant la *Loi 29. déjà citée.*

Lorsque

Lorsque la caution paye le Créancier, elle acquiert tous ses droits, actions & hypothèques sur les Biens du Débiteur principal, sans prendre cession ni subrogation du Créancier : dans ce cas la caution est si favorable, qu'on lui adjuge les intérêts qu'elle a payés volontairement ou par contrainte, & qu'on les alloue dans la distribution des Biens du Débiteur, au même rang que le capital ; mais à l'égard des intérêts qu'il prétend lui être dûs, de la somme capitale qu'elle a payé, la caution étant considérée comme un Créancier ordinaire, ils ne sont alloués qu'après les capitaux des autres Créanciers, le tout en la manière que nous l'avons expliqué dans notre Traité.

Sur quoi, il faut remarquer que l'instance formée contre le Débiteur principal, fait non-seulement courir les intérêts contre la caution, mais qu'elle interrompt aussi la prescription à l'égard de la caution, soit qu'en s'obligeant, elle ait renoncé au bénéfice de discussion, ou qu'elle n'y ait pas renoncé. Il est vrai qu'il y a des Auteurs du nombre desquels est *Duperier*, dans ses *Questions*, Liv. 3. quest. 7. qui prétendent qu'à l'égard de la caution, la prescription n'est pas interrompue par l'interpellation faite au principal Débiteur, du moins lorsque la caution s'est

obligée purement & simplement ; cette opinion fondée sur la disposition de la *Loi dernière*, au *Code de duobus reis*, & de la *Novelle 99. de Justinien*, qui ne parlent que de plusieurs Débiteurs Corrés. *Duperier* expliquant ces deux Loix, de maniere que la caution même qui a renoncé au bénéfice de division & de discussion, ne peut pas être regardée comme un corré, & par conséquent, que son obligation étant différente de celle du Débiteur principal, l'interruption de la prescription contre le Débiteur ne nuit pas à la caution.

Néanmoins *M. de Catellan*, *Liv. 7. Ch. 12.* est d'un avis contraire, fondé sur les termes précis de la *Loi dernière*, au *Code de duobus reis*, ci-dessus citée, qui ne parle point de plusieurs Corrés, mais seulement de plusieurs Débiteurs. *Si unus creditor duos vel plures Debitores habeat*, &c. Or dit ce Auteur, on ne peut nier que le Débiteur & ses cautions ne soient plusieurs Débiteurs, puisqu'ils sont tous obligés par le même contrat, sur-tout lorsqu'ils ont renoncé au bénéfice de division & de discussion, & par conséquent que l'interpellation faite au principal Débiteur, interrompt la prescription à l'égard de la caution.

Il en doit être de même suivant cet Au-

teur, à l'égard de la simple caution; c'est-à-dire, de celle qui ne s'est pas obligée solidairement, & qui n'a pas renoncé à ces deux bénéfices de division & de discussion; en effet, il est certain que l'obligation de la caution étant comprise dans celle du Débiteur, l'action du Créancier est la même contre tous les deux, & qu'elle descend du même contrat, & d'une cause indivisible. *Cum ex una stirpè, unaque fonte unus effluxit contractus, vel debiti causa ex eadem actione apparuit, comme dit Justinien, en la Loi dernière ci-dessus citée.*

D'ailleurs, l'action contre la caution, qui n'a point renoncé au bénéfice de discussion, ne pouvant naître que du jour de la discussion faite des Biens du principal Débiteur, parce que c'est dès-lors seulement que la caution est en demeure envers le Créancier, il s'ensuit nécessairement que la prescription ne peut courir en faveur de la caution, que du jour de cette discussion, & conséquemment, que l'instance formée contre le principal Débiteur, empêche la prescription à l'égard de la caution; soit qu'elle ait renoncé ou non au bénéfice de discussion. *Catellan, ibid.*

Il en est à plus forte raison de même de la caution judiciaire; car comme celle-ci peut être actionnée sans discussion préa-

lable du principal Débiteur, & solidairement avec lui, il faut nécessairement que les poursuites faites contre le Débiteur, nuisent à la caution, *suivant Louet, let. F. nomb. 23. & Catellan, à l'endroit cité.*

Enfin, lorsque la caution a payé des intérêts, ou une Partie de la somme principale en divers tems, & que par ces payemens l'action du Créancier est prorogée au-delà de 30. ans pour la prescription ordinaire contre le Débiteur principal, cette caution ne peut demander à ce Débiteur les intérêts ou les sommes qu'il a payé à sa décharge après 30. ans, à compter du jour de chaque payement; par la raison que ces payemens n'ont fait que proroger l'action du Créancier contre le Débiteur, & non celle de la caution qui les a faits. De sorte que dans ce cas, la caution n'ayant pas agi dans les 30. ans du jour de chaque payement, a laissé prescrire l'action qu'elle avoit contre le Débiteur principal, & ne peut plus demander son remboursement contre lui, comme il a été jugé par l'Arrêt rapporté par *M. de Catellan, Liv. 7. Chap. 18.*

En cinquième lieu, lorsqu'il y a plusieurs Cautions dans une obligation, l'action qui les compéte entr'elles, consiste, en ce que lorsqu'une des Cautions paye l'entière det-

te, elle peut obliger le Créancier de lui céder ses actions contre les autres; c'est-à-dire, à le subroger a son lieu & place, au moyen de laquelle subrogation, elle peut répéter contre les autres Cautions tout ce qu'elle a payé pour elles; au lieu que lorsqu'elle n'a point pris de subrogation, elle ne peut point agir contre les autres, pour répéter de chacune d'elles leur portion de la dette, comme nous l'avons déjà observé, par la raison que les Cautions qui ne sont obligées que purement & simplement envers le Créancier, ne sont point obligées les unes envers les autres, & qu'elles ne se sont rien promis. De sorte que celle qui paye pour les autres, les libère toutes, aussi-bien que le Débiteur principal, mais elle n'a aucun recours contre les autres, si elle n'a pris cession du Créancier.

Il en est sans doute autrement, lorsque les Cautions sont solidaires, & qu'elles ont renoncé au bénéfice de division. Comme dans ce cas elles sont toutes Cautions entre elles, celle qui paye l'entière dette, a contre les autres l'action *mandati*, ou l'action *negotiorum gestorum*, pour répéter contre chacune d'elles leur portion.

Il faut observer, que lorsqu'une Cautions a payé l'entière dette au Créancier, purement & simplement, & sans prendre cession, elle ne peut dans aucun cas, exer-

cer son recours contre le Créancier, quand même le Débiteur seroit insolvable, mais seulement contre le Débiteur qu'elle a libéré, parce que le Créancier, en recevant la dette, n'a reçu que ce qui lui étoit justement dû; de sorte que dans ce cas, la Caution ne peut exiger son remboursement que contre le Débiteur, par l'action *mandati*, qui résulte de son cautionnement, ou par l'action personnelle *Negotiorum gestorum*, pour avoir payé pour lui. Mais lorsqu'elle a pris subrogation, elle entre à la place du Créancier, & succède à son hypothèque, en sorte qu'elle peut répéter, comme nous l'avons déjà observé, contre les autres Cautions, la portion de chacune, comme l'enseigne de *Renusson*, dans son *Traité de la Subrogation*, Chap. 10. nomb. 5. & suivans.

M^e. Ferrière, dans son Dictionnaire de la Pratique, sous le mot *Caution*, décide au contraire, que lorsque la Caution paye pour le Débiteur principal, elle succède à tous les droits & hypothèques qu'avoit le Créancier contre ce Débiteur, quoique la quittance ne porte aucune cession des droits & actions; de manière qu'elle peut exercer, tant contre le Débiteur, que contre les autres Cautions, les droits du Créancier, pour son remboursement de tout ce qu'elle a payé pour eux. Telle est aussi la

Jurisprudence du Parlement de Toulouse, que la subrogation en faveur de la Caution qui a payé l'entière dette, est de droit, & qu'elle est toujours suppléée & sous-entendue, lorsqu'elle a été ommise dans la quittance, suivant les Arrêts rapportés par *M. Maynard, Liv. 2. Chap. 48.* & par *M. Dolive, Liv. 4. Chap. 31.*

Lorsque deux Cautions se sont obligées en différends tems & dans différends Contrats, & qu'il arrive que le Créancier libère la dernière Caution, la première ne peut pas s'en plaindre, ni opposer au Créancier, qu'il n'est plus en état de lui céder ses actions, parce que cette Caution s'étant obligée seule, sans avoir stipulé qu'il lui seroit donné un Co-Fidéjusseur, ne peut plus alléguer qu'elle ne s'est engagée, que dans l'espérance d'avoir avec elle une autre Caution qui contribueroit à la perte qui pourroit arriver. Mais si au contraire le Créancier avoit libéré la première Caution, la seconde seroit fondée à s'en plaindre, en disant qu'elle ne s'est engagéé, que sur l'assurance qu'elle auroit toujours un Co-Fidéjusseur, avec lequel la perte seroit partagée. Cette distinction est remarquée par *Basnage, à l'endroit cité, Chap. 6.*

Dans le cas que plusieurs Cautions se sont obligées solidairement à faire le ra-

chat d'une rente, & que l'un des Cautions, le Débiteur étant infolvable, a fait ce rachat, elle peut obliger les autres Cautions, à lui rembourser chacune sa portion de ce qu'elle a payé pour elles, parce qu'elles sont toutes *ad invicem Correi debendi*, & que celle qui a payé pour les autres ayant acquitté la dette commune, doit être remboursée, à raison de quoi elle a une action contre les autres pour son remboursement; d'a utant mieux que par l'insolvabilité du Débiteur, la dette leur est devenue propre & particulière; & par conséquent, elles sont toutes tenues de l'acquitter, suivant les Arrêts qu'on trouve rapportés par *Basnage, ibid.*

En sixième lieu, les actions qui dérivent du cautionnement, prennent fin par tous les moyens par lesquels l'obligation principale ne subsiste plus. Ainsi la Caution peut acquérir sa décharge de plusieurs manières. 1°. Par la libération, de quelque manière qu'elle soit faite; mais la libération la plus forte & la plus naturelle s'acquiert par le paiement réel de la dette, soit qu'il ait été fait par le Débiteur même, ou par quelqu'autre. De sorte que du moment que la dette est acquittée, toutes les Cautions, en quelque nombre qu'elles soient, sont déchargées de plein droit de leurs engagements. *Plures ejusdem pecuniæ*

credendæ mandatores, dit le Jurisconsulte, en la Loi 52. ff. de Fidejussorib. Si unus iudicio eligatur, absolute quoque secuti non liberantur; sed omnes liberantur pecuniâ solutâ.

2°. Les Cautions acquièrent leur décharge par la prescription de l'obligation principale. Ainsi, si l'obligation du principal Débiteur se trouve éteinte par le laps du tems, celle des Cautions, qui en est l'accessoire, l'est aussi. De sorte que si après la prescription acquise, le Débiteur par erreur donnoit de nouveau une Caution, ce cautionnement seroit nul. *Si quis postquam tempore tractu factu liberatus est, Fidejussorem dederit, Fidejussor non teneatur, quoniam erroris fidejussio nulla est, dit la Loi 37. ff. de Fidejussorib.* Ce nouveau bail de Caution serviroit tout au plus à renouveler la dette contre le Débiteur, & non pour obliger la Caution; à moins que celle-cy ne donnât son consentement, parce qu'alors ce ne seroit plus la première obligation qui subsisteroit, mais une nouvelle obligation & un nouveau cautionnement pour la même dette.

3°. Les Cautions sont déchargées de leurs engagements, lorsque, *rebus integris*, & avant que le Créancier ait baillé son argent, elles protestent qu'elles ne veulent point cautionner. Mais après que l'acte d'o-

obligation a été pillé & signé par les Cautions , leur engagement subsiste jusques au payement de la dette , suivant la décision de la Loi 17. § 4. ff. de institor. action.

4°. Les Cautions sont libérées par la transaction passée entre le Créancier & le Débiteur , par laquelle ce dernier est déclaré quitte de la dette pour laquelle les Cautions étoient obligées. *Non possunt conveniri Fidejussores liberato reo , transactione. Leg. 68. § 2. ff. de Fidejussorib.*

5°. Les Cautions sont aussi libérées de leur cautionnement par la novation ; c'est-à-dire , par le changement fait à l'obligation principale par une postérieure , comme lorsque le Débiteur s'oblige de payer une plus grande somme que celle qui est contenue dans la première obligation , dans laquelle il comprend la première , & que cette somme est stipulée payable à d'autres termes que ceux qui sont fixés dans la première obligation. Dans ce cas , la Caution qui n'est point intervenue dans ce nouvel acte , est dégagée de son cautionnement , quand même le Créancier auroit fait insérer dans la seconde obligation , que c'est sans innover à la première , parce que , comme nous l'avons déjà dit , la novation , quo que insuffisante à l'égard du Débiteur , libère néanmoins la

caution, suivant Charondas, en ses Réponses, Liv. 7. Chap. 74. & Basnage, à l'endroit cité, Chap. 7.

6°. Les Cautions sont pareillement dégagées de leur cautionnement par le changement fait à la première obligation ; comme par exemple, si elles étoient chargées de payer une certaine somme, ou une espèce de Marchandise désignée, & que le Créancier à l'absence des cautions, acceptât du Débiteur principal de prendre une autre chose, au lieu de la somme ou de la marchandise comprise dans l'obligation, ce changement libérerait les Cautions de leurs engagements, comme l'enseigne Basnage, *loco citato*.

7°. La novation, disons-nous, quoique insuffisante à l'égard du Débiteur, décharge les Cautions. Sur quoi on demande, si la prorogation du terme du paiement de la somme induit une novation à l'égard de la caution, lorsqu'elle a été faite à son absence, & sans avoir été appelée. Sur cette question on distingue : ou la caution ne s'est engagée que pour un certain tems, comme par exemple, pour un an, ou elle s'est obligée indéfiniment pour tout le tems de l'obligation du Débiteur principal.

Au premier cas, si le Créancier, après l'année finie, au lieu de se faire payer la

dette en proroge le paiement en faveur du Débiteur pour une autre année, cette prorogation étant faite sans le consentement de la caution, ne proroge pas son obligation; elle en est aussi-tôt déchargée, quelque protestation que fasse le Créancier, qu'il n'entend point faire de novation, & cela par la raison, que la caution ne s'étant obligée taxativement que pour une année seulement, elle ne peut pas être engagée pour un plus long terme par le fait du Créancier & du Débiteur, sans son consentement exprès. *Nam limitata Causa limitatum producit effectum. Leg. 3. ff. de termino moto.* C'est aussi par la même raison, que la caution d'un bail fait pour cinq années, ne subsiste pas pour un plus long terme, prorogé par le propriétaire du fonds; suivant la décision de la *Loi 7. au Code de locato & conducto.*

Et au second cas, le cautionnement étant indéfini, & sans aucune limitation de tems, la prorogation du terme du paiement que le Créancier donne à son débiteur, ne décharge point la caution; parce que ce n'est qu'une grâce que le Créancier lui fait, & dont elle profite, en lui donnant, aussi-bien qu'au Débiteur, un plus long terme pour payer, ce qui ne se fait point *causâ novandæ obligatio nis, sed diferendæ solutionis.* Et c'est de quoi la caution ne peut

point se plaandre , comme l'enseignent *Charondas, en ses Pandectes, Liv. 4. Ch. 16. & Basnage, loco citato.*

8°. Lorsque le Créancier a négligé de se faire payer dans le tems porté par l'obligation, & apres avoir commencé des poursuites & des exécutions sur les Biens de son Débiteur, peut-il ensuite abandonner ses poursuites, pour demander son paiement contre la caution ? Sur cette question on distingue : ou la Caution s'est obligée en cas d'insolvabilité du Débiteur principal, ou elle s'est obligée purement & simplement. Au premier cas, elle est déchargée du cautionnement par la négligence du Créancier, d'avoir poursuivi son paiement dans le tems porté par l'obligation, attendu qu'elle ne s'étoit obligée, qu'au cas que le Débiteur seroit insolvable : or le Débiteur n'étant point insolvable lors du terme du paiement, & l'étant du depuis devenu, cette négligence de la part du Créancier pour n'avoir pas agi dans le tems, met la caution à couvert des poursuites, & la décharge de son cautionnement, *suivant la disposition de la Loi 41 ff. de Fidejussorib.*

Mais au second cas, la caution s'étant obligée purement & simplement, la négligence du Créancier de poursuivre le débiteur, ne la décharge point du caution-

nement; attendu qu'étant obligée indéfiniment pour tout le tems que l'obligation du Débiteur principal doit durer, c'est à elle à prendre garde que le Débiteur ne devienne insolvable. Ainsi dans ce cas, le Créancier qui a fait des saisies & exécutions sur les Biens de son Débiteur insolvable, peut ensuite poursuivre son payement contre la caution, *suivant la disposition de la Loi 62. ff. de Fidejussorib. & l'Arrêt qu'on trouve rapporté par Boniface, dans son Recueil d'Arrêts, tom. 1. L. 4. Chap. 19.*

9°. Lorsque le Débiteur a fait faillite ou banqueroute, & que les Créanciers lui ont fait remise d'une partie de la dette par un concordat, cette remise profite aux cautions, de manière qu'elles ne sont pas obligées à une plus grande somme, que celle qui reste à payer par la remise, parce qu'il est de règle, que lorsque la caution a recours contre le principal obligé, la convention faite par le Créancier en sa faveur, profite à la caution. *Itaque Debitoris conventio Fidejussoribus proficiet; comme le décide le Jurisconsulte, en la Loi 21. § dernier. ff. de pactis.*

10°. Les cautions sont déchirées de leurs engagements, lorsque le Créancier convertit une dette mobilière en une constitution de rente, quand même le Créan-

cier auroit déclaré qu'il n'entendoit point déroger à sa première obligation, parce qu'au moyen de ce changement, & de l'aliénation du principal, le Créancier est censé avoir renoncé à le pouvoir exiger de son Débitur, & à plus forte raison de la caution, qui n'a point consenti à cette aliénation, suivant la *Loi dernière, au Code de novationib.* & *Basnage*, à l'endroit déjà cité.

11°. Les cautions sont encore déchargées de leurs engagements, lorsque le Créancier a pris un héritage ou autre immeuble en paiement d'une dette mobilière. Il en est de même, lorsqu'un Cessionnaire d'une somme mobilière prend du bien fonds en paiement; car quoique dans la suite il soit dépouillé de ce fonds, les cautions de la somme payée, ne sont pas moins déchargées de leurs cautionnemens, parce qu'à leur égard, lorsque le Créancier a reçu son paiement, soit en argent ou en fonds de terre, leur obligation se trouve éteinte, & ne peut plus revivre, quand même le Créancier réserveroit la force de son obligation, attendu que cette réserve ne peut porter aucun préjudice au droit des cautions qui ne sont point intervenues dans l'acte, & qui par conséquent n'y ont point consenti.

Il en est sans doute autrement du Débi-

teur, à l'égard duquel, pendant le tems que la Créancier a joui du fonds qu'il a pris en paiement, l'obligation a bien cessé ; mais elle n'est pas entièrement éteinte, si dans la suite le Créancier est evincé de ce fonds, parce que la liberation qui procède d'un Contrat de vente d'un fonds, renferme toujours la condition que l'acquéreur en jouira paisiblement. De sorte que si l'acquéreur vient à en être évincé, le paiement de la dette ne subsistant plus, & le vendeur étant soumis à la garantie de droit, l'obligation reprend sa force, & peut être exécutée contre le Débiteur, quoiqu'elle ne puisse pas l'être contre la caution. *Voyez Basnage, loco citato.*

Enfin, il faut remarquer, que les engagements des cautions passent à leurs héritiers, excepté la contrainte par corps, qui ne peut jamais être exécutée contre eux. De sorte que si les cautions se font obligées par corps conjointement avec le Débiteur principal, leurs héritiers ne sont point sujets à cette contrainte; ils peuvent seulement être condamnés en cette qualité à payer la dette en défaut du Débiteur, & leurs Biens peuvent être saisis, à moins qu'ils n'ayent repudié leur succession. Il en est de même des héritiers du Débiteur qui ne sont point sujets à la contrainte personnelle à laquelle le Débiteur s'est sou-

mis : Du reste, les héritiers des cautions succèdent à tous leurs droits & privilèges, ils jouissent des bénéfices de division, d'ordre & de discussion, dont nous avons déjà parlé, & dont les cautions ont droit de jouir. *Suivant les-Loix* 4. § 1, & 27. § 3. *ff. de Fidejussorib.*

Après avoir parlé des formalités dont les contrats doivent être revêtus pour donner hypothèque, de quelle manière on acquiert les hypothèques, & par quels moyens on les perd, il convient maintenant de parler de la forme en laquelle on peut les exercer en vertu desdits Contrats sur les Biens qui sont hypothéqués aux Créanciers ; & comme le commandement est le premier acte qu'il faut pratiquer pour cela, & que nous n'avons pas assez traité la question sur la nécessité & la durée de cet acte dans notre *Stile universel* concernant les Saisies, pour en faire connoître toute l'importance, nous allons en faire la matière du Chapitre suivant.



CHAPITRE IX.

De la nécessité du Commandement, pour la validité des Saïstes, soit mobilières ou réelles, & de sa durée.

LE commandement, suivant la définition la plus exacte, est un Exploit fait par un Huissier ou Sergent, en vertu d'un jugement ou autre titre, portant exécution parée, qui doit être signifié par le même Acte & copie laissée au Débitur, s'il ne l'a été précédemment. Cet Exploit est fait à la Requête du Créancier au nom du Roi, pour avertir le Débitur de payer ce qu'il doit, en lui déclarant que faute de payement, il sera usé de saïsic sur ses biens.

Nous avons expliqué dans notre Traité, quelles sont les formalités qui doivent être observées pour bien faire un commandement; il ne nous reste qu'à examiner ici, si le commandement est absolument nécessaire pour la validité d'une Saïsic, soit mobilière ou réelle, & si l'on peut se servir du commandement après un an, du jour de sa date.

Nous avons déjà décidé dans notre Traité, que le commandement doit être fait à peine de nullité de la Saisie qui seroit faite sans commandement préalable, & que cet Acte ne dure qu'un an, après lequel il est suranné, & ne peut plus servir pour faire la Saisie; mais comme nous n'avons pas donné à cette matiere, une explication aussi étendue qu'elle mérite, & qu'il s'est formé là-dessus quelque doute, nous y allons suppléer par les observations suivantes.

1°. Que le commandement a pris sa source dans le Droit Romain, en la Loi 10. au Code de pignor. & hypotec. où les Empereurs Diocletien & Maximien ont ordonné d'avertir les Débiteurs, par des Sommations, avant de faire saisir leurs biens. *Debitores præsentis prius denunciationibus conveniendi sunt, igitur si conventi debito satis non fecerint, persequenti tibi pignora seu hypotecas, quas instrumento specialiter comprehensas esse dicis, competentibus actionibus, rector Provincie autoritatis suæ auxilium impertiri non dubitabit.*

2°. Que sur ces principes, nos Rois ont fait des Ordonnances pour établir la formalité du commandement, pour constituer les Débiteurs en demeure, avant que de proceder à la saisie de leurs Biens. En

effet, les anciennes Ordonnances, & notamment celle de Charles VI. de l'année 1684. avoient établi le commandement, & suivant la Note de Guenois, sur ces Ordonnances, & *Papon dans ses Arrêts*, il étoit observé long-tems auparavant; Aussi ce dernier Auteur *au Liv. 18. tit. 5. art. 30.* rapporte un Arrêt du Parlement de Paris, de l'année 1392. qui prouve que le commandement étoit en usage dans ce tems-la, comme il l'est aujourd'hui pour constituer les Debitens en demeure.

3°. Que la Loi la plus recente que nous connoissons dans cette matiere, c'est l'Ordonnance de 1539. laquelle à l'art. 74. porte qu'en toutes executions où il y a commandement de payer, ne sera besoin pour la validité de l'Exploit de criées ou autre Saisie, & main-mise des personnes ou des Biens, faire perquisition des Biens-meubles; mais suffira dudit commandement dûcment fait à personne ou domicile.

Il est vrai que l'Edit d'Henri II. de 1551. appelé l'Edit des criées, ne parle pas de ce commandement, ce qui a fait douter s'il est absolument nécessaire pour la validité d'une Saisie; mais on répond pour lever ce doute, que de-là que cet Edit ne le retranche pas, & qu'il ne déroge nullement aux anciennes Ordonnances à ces

égard, il le suppose, nécessairement; car il n'est pas douteux que pour que les nouvelles Ordonnances dérogent aux anciennes, il faut nécessairement qu'elles contiennent une dérogation expresse, sans quoi, ce qui n'est pas dérogé, demeure dans toute sa force, & doit être exécuté.

Or, l'Edit ne parlant pas du commandement en aucune manière, on ne peut pas alleguer qu'il ait dérogé aux Ordonnances qui l'ont établi, & que le Roi ait entendu par cette nouvelle Loi, dispenser les criées de cette formalité établie par les Loix anciennes, sans s'être expliqué clairement sur ce point. Aussi tous les Auteurs qui ont écrit depuis cet Edit, tiennent pour la nécessité du commandement, & c'est aussi ce que l'usage a autorisé.

Mais la difficulté consiste à sçavoir, si une Saisie quelle qu'elle soit, seroit nulle faute de commandement préalable, & si lorsqu'elle a été faite, elle peut subsister malgré ce défaut? La raison de douter peut être prise de la disposition de l'Ordonnance de 1539. à l'art. 74. cité, qui ne prononce point de peine de nullité, par le défaut de commandement, & de l'art. 75. de la même Ordonnance, qui porte, au contraire, qu'il ne sera point disputé de la validité ou invalidité du commandement, quand il y aura terme cer-

tain pour payer, porté par les obligations, sentences, jugemens ou autres condamnations dûement signifiées.

D'où on peut conclure que le commandement n'est pas nécessaire, ni la Saisie faite sans commandement nulle, lorsque les obligations, sentences & autres condamnations fixent le terme du paiement, parce qu'alors, *suivant la Loi 12. au Code de contrahend. & committend. stipulat. & la Loi 23. §. 1. dies interpellat. pro homine.* De sorte que c'est la faute du Débiteur, de n'avoir pas satisfait à son Créancier au tems fixé, qui doit être pour lui un avertissement suffisant pour le constituer en demeure, & conséquemment, que la Saisie faite dans ce cas, sans être précédée d'un commandement, seroit valable, comme elle seroit nulle, dans le cas qu'il n'y auroit point de terme fixé pour le Débiteur.

Néanmoins la raison de décider est la plus sûre & la plus conforme à l'usage, suivant lequel, nous ne suivons pas dans cette matiere le Droit Romain, comme *l'observe M. d'Olive, Liv. 4. Chap. 20.* Nous suivons au contraire les dispositions des anciennes Ordonnances, qui ont établi la nécessité du commandement, soit que les contrats d'obligations ou les condamnations fixent le terme du paiement ou

non, & cet usage est attesté par tous les Auteurs qui ont écrit sur cette matiere.

En effet, M. le Maître, dans son *Traité des criées*, Chap. 2. nomb. 1. & Imbert, dans sa *Pratique Criminelle & Civile*, Chap. 60. & 61. enseignent, que pour user d'exécution sur les Meubles & sur les immeubles des Débiteurs, en vertu des obligations par eux contractées, ou des condamnations prononcées contre eux, il faut commencer par leur faire un commandement de payer, & sur leur refus ou délai, il faut que le Sergent leur déclare qu'il leur saisira leurs Biens.

Lange, dans sa *Pratique civile*, Chap. 4. page 477. enseigne pareillement, que l'Huissier ou Sergent doit avant d'exécuter un contrat d'obligation, sentence ou autre Acte authentique, portant son exécution parée, faire commandement au Débiteur, à sa personne ou domicile, de payer les sommes y contenues, & sur son refus, déclarer que le Créancier se pourvoira par Saisie ou Arrêt de ses Biens-meubles & immeubles.

Ferriere, dans son *Dictionnaire de la Pratique*, sur le mot *Commandement*, dit aussi qu'un emprisonnement ou exécution des meubles, faite sans commandement préalable est nulle, ce qui prouve d'une maniere évidente, que le commandement

est absolument nécessaire pour la validité d'une Saisie ou exécution quelle qu'elle soit, sans distinguer la Saisie mobilière de la Saisie réelle, parce que dans l'une & dans l'autre, il faut toujours constituer le Débiteur en demeure, avant que de saisir ses Biens quels qu'ils soient, sans quoi le Créancier s'exposeroit à voir casser la Saisie ou exécution qu'il pourroit faire, sans avoir préalablement averti son Débiteur.

Aussi on trouve plusieurs Arrêts, qui ont cassé des Saisies faites sans commandement préalable : *Papon en ses Arrêts, Liv. 18. tit. 5. Arr. 25.* en rapporte deux du Parlement de Paris, qui ont cassé comme Tortionnaires, des Saisies faites sans avoir fait plutôt au Débiteur un commandement de payer.

Guipape, question 329. atteste aussi que telle est la Jurisprudence de tous les Tribunaux du Royaume, & telle est aussi la Jurisprudence du Parlement de Toulouse, suivant l'Arrêt du 23 Mars 1727, qu'on trouve dans le Recueil d'Arrêts, imprimé à Toulouse en 1756, qui a cassé une Saisie réelle, faite sans commandement préalable.

Il est vrai que *Lapeyrere, sur le mot, Saisie, page 407.* dit qu'au Parlement de Bordeaux, il a vû juger à la Grand-Chambre, par un Arrêt du 13. Juillet 1693. que le

le défaut de commandement préalable n'emportoit point la nullité de la Saisie, c'étoit à l'occasion d'une Saisie faite en conséquence d'un commandement fait six années auparavant, & sans itératif commandement, d'où il faudroit conclure, que dans ce Parlement le commandement préalable n'est pas requis, & qu'en y peut procéder à une Saisie, sans avertir le Débiteur, & que le commandement n'y est pas regardé comme suranné, quelque tems qui se soit écoulé entre le commandement & la Saisie.

Mais il faut convenir que cette Jurisprudence est particulière à ce Tribunal, & qu'étant contraire aux principes & à l'esprit des Ordonnances citées, elle ne doit pas être suivie dans les autres Tribunaux : aussi le Parlement de Paris, & celui de Toulouse, ont toujours regardé le commandement comme une formalité indispensable, pour la validité d'une Saisie ; comme on peut voir par les Arrêts que nous avons cités, & M. d'Hericourt à l'endroit cité, Chap. 6. nomb. 5. page 81. & 82.

Il faut observer, qu'il ne suffit pas de faire le commandement au Débiteur, il faut encore qu'il soit fait, *tempore & loco opportuno* ; c'est-à-dire, dans un tems & lieu convenable, comme pendant le jour

& non la nuit, à la personne ou domici-
le du Débiteur, & non dans une Eglise,
dans une rue ou dans une place publique
& autres lieux; de sorte, qu'une Saisie
qui seroit faite en vertu d'un comman-
dement fait hors du domicile du Débi-
teur, seroit cassée avec tous dépens,
dommages & intérêts, comme il a été
jugé par plusieurs Arrêts, qu'on trouve
rapportés par les Annotateurs, d'Imbert,
à l'endroit déjà cité, *Chap 55. & par Pa-
pon, & ses Annotateurs, Liv. 18. tit. 5.
arr. 27.*

Et à l'égard des commandemens faits
de nuit, il faut observer que suivant les
anciennes Ordonnances, les Actes judi-
ciaires ne doivent être signifiés que de
jour & non de nuit; c'est-à-dire, à une
heure indue & avancée dans la nuit; mais
qu'aujourd'hui, on peut faire des Actes
judiciaires à l'entrée de la nuit; c'est-à-
dire, à la nuit commencée, comme par
exemple, à cinq heures du soir en hyver,
& à huit heures du soir en été; car s'il y
avoit de l'affectation de les faire à nuit
close, dans ce cas, ils seroient déclarés
nuls, suivant Ferriere dans son Diction-
naire de la Pratique, sous le mot *Nuit*.

Imbert, à l'endroit cité, rapporte un
Arrêt du Parlement de Paris, du 20 Mars
1576. qui cassa une exécution faite à dix

ou onze heures du soir, comme Tortionnaire, avec dépens, dommages & intérêts, & l'Huissier qui avoit procédé, fut appelé pour être reprimandé; & la raison que donne l'Auteur de la disposition de cet Arrêt, c'est qu'on ne doit faire des exécutions qu'entre deux Soleils; c'est-à-dire, depuis le lever jusques au coucher du Soleil, sans faire ouverture à heure induë.

Ainsi, quoique le commandement ne soit qu'une sommation ou avertissement au Débiteur de payer, il doit néanmoins être fait de jour & non de nuit, afin que le Débiteur ait le tems de satisfaire à son Créancier; car la Saisie pouvant être faite, comme nous le dirons bientôt, le lendemain du commandement, si ce commandement étoit fait dans la nuit, & que la Saisie fût faite le lendemain au point du jour, le Débiteur seroit dans l'impossibilité de prévenir cette Saisie, ce qui seroit contre l'esprit des Ordonnances, & lui feroit perdre tout l'avantage, pour lequel le commandement a été établi, en l'exposant au contraire à de plus grands fraix.

Il faut encore que le commandement soit fait en parlant à la personne même du Débiteur, dans son domicile, comme il a été dit, & si l'on ne peut point lui parler, soit qu'il se cache, ou qu'il soit ab-

sent , il doit être fait pareillement à son domicile , en parlant à quelqu'un de ses serviteurs , ou de ses domestiques , afin qu'il en puisse être averti , comme il est porté par l'art. 74. de l'Ordonnance de 1539. déjà citée , ce qui doit s'entendre non-seulement du domicile , du lieu de la demeure du Débiteur , mais encore du domicile qu'il a élu dans le Contrat , portant dette , en vertu duquel on veut saisir , quoiqu'il ait du depuis transféré son domicile dans un autre endroit , même dans une autre Province.

Mais si le Débiteur est décédé , il faut que ce commandement soit fait au domicile actuel de ses Héritiers , & non au domicile élu dans le Contrat par le Débiteur , parce que cette élection de domicile lui est personnelle , & qu'elle ne peut point servir pour ses héritiers , comme l'enseigne *M. d'Hericourt* , à l'endroit cité , Chap. 6. nomb. 5. page 82. Sur quoi , il faut remarquer , que s'il y a plusieurs Héritiers , il faut suivant l'usage , qu'ils soient tous dénommés dans le commandement ; mais qu'il suffit de donner copie à un seul pour tous les autres , par la raison que nous avons observée dans notre Traité , que l'action qui descend de l'obligation , étant solidaire sur la tête du Débiteur , elle l'est encore après son décès , sur chacun de ses héritiers.

Il faut de plus observer, que lorsque le Créancier, qui fait faire le commandement, n'est point domicilié dans le lieu où l'exécution doit être faite, il est obligé d'être un domicile dans ce lieu, afin que le Débiteur puisse se pourvoir à ce domicile, soit pour payer ou pour former opposition au commandement, & éviter par-là la Saisie, & ce à peine de nullité de l'Exploit, suivant l'art. 175. de l'Ordonnance de Blois, & l'art. 1. de l'Ordonnance de 1667. tit. 33.

Lorsqu'il y a plusieurs Débiteurs obligés, il faut que le commandement soit fait de même à chacun d'eux; car s'il n'étoit fait qu'à un seul, il ne serviroit de rien pour les autres, qui pourroient ensuite faire casser la Saisie qui seroit faite sur leurs Biens, en conséquence de ce commandement, comme il a été jugé par l'Arrêt rapporté par Papon à l'endroit cité, art. 26. conformément à la disposition de la Loi 2. ff. de servitut.

Néanmoins, suivant la Loi dernière, au Code de duobus reis, les Actes faits à l'un des Coobligés, servent contre les autres: *Interpellatio unius est interpellatio omnium*; mais comme l'a remarqué Lapeyrere, lettre S. page 403. la disposition de cette Loi doit être restreinte au cas du cours des intérêts, & de l'interruption de

la prescription ; c'est - à - dire , que pour faire courir les intérêts ou interrompre la prescription , le commandement ou autre sommation de payer , faite à un seul des Coobligés suffit , & non pour faire saisir les Biens de ceux des obligés , auxquels le commandement n'auroit pas été fait.

Mais lorsque tous les Coobligés sont solidaires , & qu'ils ont renoncé à tout bénéfice de division , dans ce cas le commandement peut être fait à un seul de payer tout le contenu en l'obligation ou condamnation solidaire , & ses Biens peuvent être saisis en conséquence , parce que dans les actions solidaires , il dépend du Créancier d'agir contre celui des Coobligés que bon lui semble , sans être tenu de discuter les autres.

L'Edit du mois d'Août 1699. ayant dispensé les Huissiers de se faire assister des Records ou Témoins , dans les simples Exploits qu'ils font , il n'est pas nécessaire que le commandement soit recordé , il suffit qu'il soit fait par l'Huissier seul , pour être valable , néanmoins M. d'Hericourt à l'endroit cité , nomb. 7. pag. 83. atteste , que l'usage de plusieurs Tribunaux , du nombre desquels est le Châtelet de Paris , est de regarder cette formalité , comme absolument nécessaire pour la validité de

L'Acte, & qu'on y a déclaré nuls les commandemens faits par un Huissier seul, quoique contrôlé, mais qu'au Parlement de Paris, l'usage est contraire: il en est de même au Parlement de Toulouse, où l'on observe la Déclaration du mois de Mars 1671. qui n'exige la formalité des Records & Témoins, que pour les Saisies féodales, réelles, criées, & appositions d'affiches, & qui par conséquent ne comprend pas dans sa disposition les Exploits de commandement, ni les Saisies mobilières, ni les autres Actes qui concernent cette matiere; de sorte qu'on juge dans ce Parlement, que cette formalité est inutile pour la validité du commandement, comme nous l'avons expliqué plus au long dans notre Traité.

A l'égard de l'âge que doivent avoir les Témoins ou Records qui doivent être appelés au commandement ou à la Saisie, il n'y a aucune Ordonnance qui fixe cet âge, mais il s'est formé là-dessus plusieurs opinions différentes parmi les Auteurs; car les uns disent que l'âge de puberté suffit; c'est-à-dire, l'âge de quatorze ans, pour les mâles, attendu que des Témoins de cet âge sont admis dans des Enquêtes, dans des Testamens, & autres Actes publics, & plus importans que ne sont les commandemens & les saisies; d'autres veulent

qu'ils ayent vingt ans , afin que leur témoignage soit d'un plus grand poids.

Sur quoi M. d'Hericourt , à l'endroit déjà cité, *nomb. 7. page 84.* rapporte un Arrêt de Règlement du Parlement de Paris, du 2. Juillet 1708. qui défend à tous Notaires de son ressort , de se servir dans les Contrats & dans tous les Actes qu'ils recevront, de Témoins qui soient au-dessous de l'âge de vingt ans accomplis, sous peine de faux & de nullité des Contrats: & ce Règlement, ajoute cet Auteur, doit avoir lieu, par rapport aux Témoins des Exploits , pour des Saisies réelles; de sorte qu'au Parlement de Paris, un commandement ou autre Exploit signé par des Témoins ou Records, de l'âge de quatorze ou quinze ans, seroit cassé, comme contraire à ce Règlement.

Il en seroit autrement au Parlement de Toulouse, où l'on regarde les Enfants puberes, comme capables de porter témoignage dans toute sorte d'Actes, & où par conséquent on ne déclareroit point nul un Exploit même de Saisie réelle, pour avoir été signé par des Témoins ou Records âgés seulement de quatorze ou quinze ans. Il est vrai que les Huissiers ou Sergens, prennent ordinairement des Témoins ou Records d'un âge au-dessus de vingt ans; mais si le cas se présentoit, qu'ils en euf-

sont pris d'un âge au-dessous de celui-là, nous sommes persuadés qu'on ne casseroit pas pour cela un commandement ou une Saisie par ce seul défaut.

Quoique suivant ce que nous venons de dire, un seul commandement suffise pour constituer le Débiteur en demeure, il est néanmoins d'usage, après le premier commandement, & lorsqu'on veut proceder à la Saisie, de faire un itératif commandement au Débiteur en personne, afin qu'il conste qu'on a fait la Saisie sur son refus, de payer le contenu au titre qu'on exécute; mais lorsqu'on ne peut point parler à la personne, le premier commandement suffit pour pouvoir saisir ses Biens.

Sur quoi il faut observer, qu'il y a des Coûtumes qui exigent plusieurs commandemens avant de pouvoir saisir; mais ces Coûtumes ne sont pas observées, même dans les Provinces qui y sont soumises, parce que les Coûtumes particulieres ne peuvent pas déroger aux Ordonnances Royaux, & notamment à l'Ordonnance de 1539. qui n'exige qu'un seul commandement, comme l'a remarqué *M. d'Hericourt*, à l'endroit cité, page 85.

Il est encore de règle de garder un intervalle de tems, entre le commandement & la Saisie, afin que le Débiteur puisse

avoir le tems de satisfaire à son Créancier, & éviter par-là la Saisie; ce qui fait que bien souvent le Débiteur trouve le moyen d'é luder l'exécution de ses meubles, soit en les déplaçant ou en formant une opposition le plus souvent chicanefuse dans l'intervalle du commandement à la Saisie; mais enfin tel est l'usage inviolablement observé dans tous les Tribunaux du Royaume, de donner au Débiteur un certain tems après le commandement; car si l'on faisoit la Saisie le jour même du commandement, il est certain qu'elle seroit cassée avec dépens, dommages & intérêts, parce que, comme il a été déjà observé, le commandement est un avertissement fait au Débiteur, pour le constituer en demeure, & afin qu'il puisse satisfaire à son Créancier, & par-là éviter la Saisie de ses Biens, ce qu'il ne pourroit pas faire, si l'on procedoit à la Saisie lors du commandement ou quelques heures après.

A l'égard de cet intervalle, il y a des Provinces, comme celle d'Artois, où l'usage est de laisser écouler sept jours entre le commandement & la Saisie pour donner le tems au Débiteur de ranger ses affaires, pour pouvoir se libérer avec son Créancier. *Ferriere, dans son Dictionnaire de la Pratique, à l'endroit cité, dit*

que cet Acte doit nécessairement précéder d'un jour au moins, la Saisie ou l'exécution qu'on doit faire sur la personne, ou sur les Biens du Débitur; mais de droit commun, il est permis de procéder à la Saisie le lendemain, comme l'a observé *Me. d'Hericourt*, à l'endroit cité, page 85. & tel est l'usage observé dans tout le Royaume, & sur-tout au Parlement de Toulouse; de sorte qu'il n'y a point d'Huissier qui ignore, qu'il doit garder cet intervalle, & qui osât le violer, sous quelque prétexte que ce soit.

Du reste, lorsque le commandement est nul, la Saisie & tout ce qui a été fait en conséquence est nul, & doit être cassé, mais si le commandement a été bien fait, & que la Saisie soit mal faite, il n'est pas nécessaire de faire un nouveau commandement; il suffit de refaire la Saisie, & tout ce qu'il y a de mal fait en conséquence, suivant *M. d'Hericourt*, page 84.

Enfin, il faut observer, que lorsque le Débitur vient à décéder après le commandement, & avant que la Saisie soit faite, il y a des Provinces où il n'est pas nécessaire de faire un nouveau commandement aux Héritiers de payer, parce que les Héritiers représentant le Débitur, sont regardés comme suffisamment en demeure par le premier commandement.

Il en est autrement au Parlement de Paris, où l'on ne peut proceder par Saisie, qu'après avoir fait déclarer exécutoire contre les Héritiers, le Contrat ou la condamnation obtenuë contre le Débiteur, & leur avoir fait un nouveau commandement pour les constituer en demeure, comme il est porté par *l'art. 69. de la Coutume de Paris*, voyez d'Hericourt, à l'endroit cité, nomb. 2. page 85.

Au Parlement de Toulouse, on ne peut pas non plus faire saisir les Biens d'un Débiteur décédé, sans avoir platôt fait un nouveau commandement à les Héritiers de payer; car quoique les Héritiers représentent, & soient à la place du Débiteur, à qui on a fait le premier commandement, néanmoins ils peuvent l'ignorer, puisque bien souvent les héritiers sont si peu instruits de ce qui se passe dans la Succession, qu'après même un exact Inventaire, ils n'en connoissent pas toute la consistence, & qu'ils sont ensuite obligés de la repudier sur les poursuites des Créanciers qu'ils ignoroient.

C'est pourquoi on exige qu'après le décès du Débiteur, il soit fait un nouveau commandement à ses Héritiers, pour leur donner connoissance de la dette, & les constituer en demeure, parce qu'il peut arriver, qu'étant avertis, ils acquit-

teront la dette, & éviteront par-là la Saisie : mais si ces Héritiers ne payent pas après ce commandement, le Créancier peut faire procéder à la Saisie, tant des Biens de la Succession, que des Biens propres des Héritiers.

Sur quoi il faut observer que ce que nous disons de la Saisie des Biens propres des Héritiers, doit être entendu dans le cas que les Héritiers ont accepté l'hérédité du défant, purement & simplement, & que par-là, ils peuvent être convenus personnellement à en payer les dettes; car s'ils ne l'avoient pas acceptée, & qu'ils fussent encore dans les délais de l'Ordonnance de 1667. pour faire inventaire ou pour délibérer, il faudroit dans ce cas attendre que ces délais fussent expirés, pour pouvoir faire saisir leurs propres Biens.

Mais à l'égard des Biens de la Succession du Débiteur décédé, les Créanciers peuvent les faire saisir en tout tems, sans attendre que ces délais soient expirés, & que les Héritiers acceptent ou répudient l'hérédité, parce qu'au moyen de l'hypothèque qu'ils ont sur les Biens de leur Débiteur, ils peuvent par l'action hypothécaire les faire saisir, sans que les Héritiers puissent s'y opposer, quand même ce seroit le lendemain du décès du Débiteur,

après toutefois avoir fait comme il a été dit, un nouveau commandement aux Héritiers, pour les constituer en demeure.

Quand nous disons qu'on peut saisir les Biens du Débitéur d'abord après son décès, cela doit être entendu dans le cas que le Créancier a obtenu contre le Débitéur une condamnation de la dette; car si la dette n'étoit fondée que sur un Contrat, il faudroit dans ce cas, avant de faire saisir, assigner les Héritiers en Justice, en condamnation de la somme y contenuë, & faire déclarer le Contrat exécutoire contre eux, ce qu'on ne pourroit pas même faire, qu'après avoir laissé expirer les délais prescrits par l'Ordonnance de 1667. pour faire Inventaire ou pour délibérer, le tout en la manière que nous l'avons expliqué plus au long dans notre Traité, au Tomè 1. page 54. & 55.

A l'égard de la durée du commandement, il s'est formé plusieurs opinions différentes, entre les Praticiens. Les uns veulent qu'il dure trente ans, les autres trois ans, & les autres un an seulement. Ceux qui veulent qu'il dure trente ans, se fondent sur ce qu'ils regardent le commandement comme un Acte extrajudiciaire, qui doit par conséquent, disent-ils, durer trente ans, parce que par un tel Acte, n'y ayant point d'instance formée

devant aucun Juge, on ne peut point y appliquer la péremption de trois ans, introduite par l'Ordonnance de Rouffillon. Cette Ordonnance ne pouvant être entendue d'un cas dont elle parle, à un autre qui n'y est pas exprimé; d'où ils concluent que cet Acte n'étant pas sujet à péremption, il doit durer autant que l'action, qui dure trente ans.

Ceux qui veulent que le commandement ne dure que trois ans, disent que tous Actes judiciaires, comme est un Exploit d'assignation, une sommation d'audience, ou autre Acte fait en Justice, en conséquence de l'assignation, entretient l'instance pour trois ans, & qu'ainsi le commandement étant un Acte judiciaire, doit durer autant; en effet, *Lapeyriere*, lettre P. nomb. 23. page 209. atteste, que suivant l'usage, & la Jurisprudence des Arrêts, les commandemens, qui ne sont pas renouvelés de trois en trois ans, tombent en péremption, & demeurent pour non venus; comme sont par exemple, les Saisies mobilières & réelles, lorsqu'elles n'ont pas été suivies d'un établissement réel & effectif des Commisaires.

Ceux enfin, qui veulent que le commandement ne dure qu'un an, disent que ce commandement n'étant qu'une simple sommation ou avertissement fait au Dé-

biteur , pour le constituer en demeure de payer , & cet Acte ne pouvant pas être regardé comme une instance , puisqu'il ne contient point d'assignation en Justice , & ne peut pas par conséquent durer autant qu'une instance , qui aux termes de l'Ordonnance de Rouffillon , ne peut durer que trois ans.

En effet , il y a des Provinces , comme celle de Normandie , où le commandement ne dure qu'un an ; de sorte , que si la Saisie n'est faite dans l'an & jour de la sommation ou commandement de payer , on ne peut saisir réellement sans faire un nouveau commandement , suivant *Me. d'Hericourt* , à l'endroit déjà cité.

Sur ces différentes opinions , il semble plus naturel de se déterminer pour cette dernière ; c'est-à-dire , de ne regarder le commandement que comme un simple Acte , qui ne doit durer qu'un an , si ce n'est dans les Coutumes qui donnent expressément un plus long délai ; cette opinion , d'ailleurs , se trouve autorisée par le sentiment de bons Auteurs , comme sont *M. Dolive* , *Liv. 4. Chap. 20.* & *M. de Catellan* , *Liv. 6. chap. 21.* qui enseignent qu'un commandement fait au Débiteur , quoiqu'en vertu d'un Acte public , & des Lettres de rigueur , ne suffit pas , pour faire courir les intérêts , lorsqu'ils ne sont point

dûs par la nature du Contrat, parce qu'il n'y a qu'une instance formée par une assignation en Justice, ou une saisie faite en conséquence du commandement, qui soit regardée comme un commencement d'instance qui puisse les faire courir.

En effet, M. Dolive à l'endroit cité, atteste qu'on ne suit point au Parlement de Toulouse cette maxime du Droit Romain, dont nous avons déjà parlé, qui veut que le jour du payement serve d'Huissier ou de Sergent, pour interpellier le Débiteur, *Dies interpellat pro homine*, que même la requisition & protestation extrajudiciaire ne suffit pas pour donner lieu à la condamnation des intérêts, conformément à l'Ordonnance d'Orleans, art. 60. qui ne les adjuge que du jour de l'ajournement.

M. de Catellan, enseigne pareillement que l'interpellation ou Instance se prend seulement du jour de l'assignation & vocation en cause, & non du jour du commandement, ce que cet Auteur fonde sur un Arrêt qu'il rapporte, du 18. Janvier 1661. qui l'a jugé de même.

De tout cela, il faut nécessairement conclure que le commandement n'étant qu'un simple Acte extrajudiciaire, puisqu'il ne contient aucune assignation ni vocation en cause, ne peut point durer autant qu'une instance qui dure trois ans, &

conséquemment, qu'il doit durer un moindre tems.

D'ailleurs, étant certain que les Lettres de rigueur quelles qu'elles soient, & les Lettres de *Debitis*, ne durent qu'un an, il n'est pas naturel que le commandement, qui ne prend sa force & son authenticité que de ces Lettres, puisse durer un plus long-tems. Tel est aussi l'usage observé dans le Ressort du Parlement de Toulouze, que le commandement ne dure qu'un an; de sorte que si la Saisie n'a pas été faite dans l'an & jour du commandement, on doit avant de saisir, faire un nouveau commandement au Débiteur, sans quoi, il y auroit-tout à craindre pour la cassation de la Saisie; mais lorsque la Saisie a été faite dans l'an du commandement, il dure autant que l'instance de Saisie.



CHAPITRE X.

DU Bénéfice de discussion accordé aux tiers-Acquéreurs & Débiteurs.

ON appelle discussion , un bénéfice accordé par les Loix aux Caution ou Fidejusseurs & aux tiers-Acquéreurs & Possesseurs , qui consiste , en ce que le Créancier ne peut agir contre eux , qu'après avoir fait saisir & vendre d'autorité de Justice , tous les Biens du principal Débiteur , & l'avoir par-là rendu insolvable : après quoi , en cas d'insuffisance de ses Biens , le Créancier peut agir personnellement contre la Caution , & hypothécairement contre les tiers-Acquéreurs & Débiteurs des Biens sujets à son hypothèque. Ce bénéfice a été établi par Justinien , par la Nouvelle quatrième , d'où on a tiré les trois Authentiques ; sçavoir , la première , *l'Authentique présente , au Code de Fidejussorib.* La seconde , *sed hodiè , au Code de obligat. & action ,* & la troisième , *hoc si debitor , au Code de pignorib. & hypothecis.*

Justinien reconnoît même au commen-

cement de cette Nouvelle, & dans la préface, qu'il ne fait que rétablir une ancienne Loi, dont l'usage avoit été abrogé. *Legem antiquam positam quidem olim, usu vero nescimus quemadmodum non approbatam, rursus revocare, & ad tempus reducere, bene se habere putavimus.*

Nous avons parlé dans le Chapitre 8. de ce bénéfice accordé aux Cautions & aux Fidejusseurs, & nous traiterons dans celui-ci, de ce bénéfice accordé aux tiers-Acquereurs & Détempteurs, & qui consiste, comme nous l'avons déjà dit, à ne pouvoir être poursuivis hypothécairement sur les Biens par eux acquis, & à obliger le Créancier à discuter les Biens extans du Débiteur, avant que de pouvoir agir sur les Biens aliénés, ce qui va faire la matière de ce Chapitre.

Le bénéfice de discussion est de droit commun, & néanmoins il n'est pas admis par tout, il est admis dans tous les Pays du Droit Ecrit; mais il y a des Coutumes où il est entièrement rejeté; d'autres, où il est admis dans certains cas, & rejeté dans d'autres. La Coutume de Paris art. 101. veut que les Détempteurs & Propriétaires des héritages obligés ou hypothéqués à une Rente ou autres charges réelles ou annuelles, soient tenus hypothécairement de les payer, avec les arrerages qui en font

dûs, ou du moins de délaissier les héritages, pour être saisis & vendus au plus offrant & dernier Encherisseur, faute de paiement desdits arrérages, sans qu'il soit besoin de discussion; ainsi cette Coûtume laisse au choix du Créancier de s'adresser au tiers-Détempteur du fonds chargé de la Rente fonciere ou affectée à la Rente constituée, ou contre l'obligé, sans faire discussion. Il en est autrement lorsqu'il s'agit d'une simple obligation; le Créancier est tenu dans ce cas de discuter le principal Obligé, avant que de s'adresser au tiers-Détempteur des Biens vendus, suivant *Me. d'Hericourt, dans son Traité de la Vente des Immeubles, Chap. 4. nomb. 13. page 59. & 60.*

Il y a des Coûtumes qui admettent la discussion dans tous les cas indifféremment; celles-ci ne permettent au Créancier d'agir hypothécairement sur les Acquéreurs des Biens de son Débiteur, que quand le Débiteur est demeuré insolvable, après la discussion faite de ses Biens, *d'Hericourt, ibidem.*

D'autres Coûtumes donnent le choix au Créancier d'agir contre le Débiteur, ou contre le Détempteur du fonds affecté & hypothéqué, lorsque la dette est réelle, & on y restreint la dette réelle aux Rentes foncières, & la discussion y a lieu aussi

pour les Rentes constituées, même dans le cas où le fonds y seroit spécialement hypothéqué, parce que l'hypothèque n'est qu'un accessoire de l'obligation personnelle, ce qui rend la dette véritablement personnelle; & donne lieu par conséquent à la discussion des Biens du Débiteur, avant de pouvoir agir sur les tiers-Acquéreurs & Possesseurs.

Il y a enfin des Coutumes où la discussion n'a pas lieu contre le Débiteur des arrérages d'une Rente foncière: le Créancier peut dans ce cas, sans aucune discussion, agir contre l'Acquéreur de la totalité, ou d'une partie du fonds sujet à cette Rente, pourvu que la possession de l'Acquéreur ait été interrompue pendant le tems prescrit par la Coutume; mais si le Créancier veut faire saisir réellement sur le tiers-Acquéreur, d'autres Biens que ceux qui sont affectés & hypothéqués à cette Rente, il doit alors discuter auparavant les Biens sujets à cette Rente, avant que de pouvoir agir sur les Biens propres du tiers-Acquéreur, parce que l'action réelle doit être exercée, avant l'hypothèque.
D'Hericourt, ibidem, nomb. 14. page 61.

Mais dans les Coutumes qui admettent la discussion dans tous les cas, le Créancier est tenu de discuter les Biens extans du Débiteur, avant que de pouvoir agir sur les

Biens vendus. En effet, on trouve dans *M. de Catellan, Liv. 6. Chap. 20.* des Arrêts, qui ont jugé, que l'Acheteur d'une Rente à prix d'argent, pour laquelle on lui a affecté spécialement certains Biens, ces Biens étant vendus, ne peut les faire saisir entre les mains des Acquéreurs, sans avoir plutôt discuté les autres Biens qui sont au pouvoir du Débiteur, & qui n'ont pas été spécialement hypothéqués à cette Rente, parce que l'hypothèque spéciale n'empêche pas la discussion des autres Biens du Débiteur, comme nous le dirons bien-tôt.

De droit commun, l'action hypothécaire contre un tiers-Acquéreur & Détemp-
teur, n'étant qu'accessoire à l'engagement du principal Débiteur, elle ne doit avoir lieu que subsidiairement, en cas le Débiteur soit devenu insolvable; car comme le bénéfice de discussion est accordé par les Loix aux Cautions qui n'y ont point expressément renoncé, il est juste à plus forte raison, qu'on l'accorde aux tiers-Acquéreurs, qui n'ont contracté aucune obligation envers les Créanciers de leur Vendeur, & qui ont même ignorés les dettes. Ce Bénéfice est si favorable, qu'on l'accorde aux tiers - Acquéreurs dans les Coutumes qui n'en parlent pas, suivant les Arrêts rapportés par Brodeau, sur *M.*

Louet, lettre H. nomb. 9. & par Loiseau, Traité du Déguerpissement, Liv. 3. Chap. 8.

Dans toutes les différentes Coûtumes dont nous venons de parler, il faut suivre pour la discussion, la Coûtume du lieu où sont situés les Biens qu'on veut discuter, quand même le Débiteur & le tiers-Acquéreur seroient domiciliés dans des Coûtumes où ces Biens ne seroient point situés, comme l'enseigne *Me. Ferriere dans son Dictionnaire de la Pratique, sur le mot Discussion, en matière d'hypothèque, & d'Hericourt, à l'endroit cité, page 62.*

Ainsi dans les Coûtumes qui admettent la discussion, le tiers-Acquéreur peut s'opposer à la Saisie réelle des Biens par lui acquis, & obliger le Créancier à discuter les Biens qui sont entre les mains du principal Débiteur, avant que de pouvoir agir hypothécairement sur les Biens vendus; de sorte, que ce n'est qu'après cette discussion faite, que les tiers-Acquéreurs peuvent être déboutés de leurs oppositions.

Mais si les Biens saisis réellement sur les tiers-Acquéreurs, sont situés dans une Coûtume qui rejette la discussion, on ne doit point écouter ces tiers-Acquéreurs qui demandent que les Biens dont le Débiteur est en possession, soient discutés; la vente judiciaire en doit être poursuivie
sur

sur la tête du Débiteur discuté, comme s'ils n'avoient pas été vendus, & qu'ils fussent au pouvoir du Débiteur, pourvû toutefois, ainsi que nous l'avons déjà observé, que les tiers-Acquereurs n'aient pas prescrit l'action hypothécaire; car s'ils l'avoient prescrite, ils pourroient dans ce cas en obtenir la distraction définitive, & par-là empêcher qu'ils ne fussent vendus par décret.

Il faut observer que la discussion doit avoir lieu dans les Coûtumes où elle est admise, tant contre le Créancier qui a une hypothèque spéciale, que contre celui qui a une hypothèque générale, parce que l'hypothèque spéciale, n'étant que subsidiaire à l'action personnelle, comme l'hypothèque générale, il s'ensuit qu'elle ne doit pas avoir plus de privilège, en sorte que dans le concours de ces deux hypothèques, le Créancier qui a la priorité du tems, doit être colloqué le premier. *Generalis hypotheca prior præfertur posteriori, cuicumque etiam speciali: dit, Godesfroi, sur la Loï 2. ff. qui potior. in pignor. vel hypoth. habent.*

Du reste, le droit de demander la discussion des Biens du Débiteur, est personnel aux tiers-Acquereurs, tant contre le Débiteur que contre ses Créanciers; c'est-à-dire, que dans les Coûtumes où la dis-

cussion est admise, elle s'étend sur tous les Biens du Débiteur, en quelques Coûtumes qu'ils soient situés, quand même la discussion n'auroit pas lieu dans ces Coûtumes; de sorte que les tiers-Acquéreurs peuvent demander cette discussion généralement sur tous les Biens du Débiteur, en quelques lieux qu'ils soient situés, par la raison que les droits personnels ont un pouvoir indéfini qui s'étend par tout, *Voyez Henrys, Tom. 2. Liv. 4. & d'Hericourt, à l'endroit cité.*

La discussion étant un bénéfice de droit accordé aux tiers-Acquéreurs, & une grâce dont ils ont la liberté de se servir, ou d'y renoncer si bon leur semble, il s'ensuit que le Juge ne peut la suppléer d'office, si elle n'est demandée expressément par les tiers-Acquéreurs.

Ainsi pour connoître toute l'étendue du bénéfice de discussion, il faut examiner, 1°. Qui sont ceux dont les Biens doivent être discutés. 2°. Ce que doit faire celui qui oppose cette discussion. 3°. Quels sont les Biens qui doivent être discutés.

En premier lieu, il faut discuter, comme nous l'avons déjà dit, les Biens du principal Débiteur, avant que de pouvoir agir sur les tiers-Acquéreurs des Biens sujets à l'hypothèque des Créanciers, & si le Débiteur est décédé, il faut discuter ses

Héritiers : & en cas qu'ils répudient l'hérédité, il faut discuter cette hérédité; c'est-à-dire, faire saisir & vendre les Biens qui la composent, après quoi, si le prix de cette vente n'est pas suffisant pour payer tous les Créanciers, on peut recourir sur les Biens aliénés dont les tiers-Acquereurs sont en possession.

Mais si les héritiers du Débiteur, soustiennent la qualité d'héritiers, il faut discuter non-seulement les Biens de la Succession, mais encore leurs Biens propres, parce que par la qualité d'héritiers, leurs droits se trouvant confondus avec ceux du Débiteur, leurs Biens propres peuvent être discutés avec ceux de la Succession, tant par l'action personnelle que hypothécaire; sur quoi il faut remarquer, que s'il y a plusieurs héritiers, & que le Créancier agisse hypothécairement sur un seul, celui-ci, quoiqu'il ne soit tenu personnellement que de payer sa portion de la dette, ne peut pas néanmoins demander la discussion des autres Biens de la Succession, & encore moins des Biens propres des autres héritiers, parce que cet héritier étant tenu hypothécairement de payer l'entière dette, il ne peut pas demander cette discussion; on lui réserve seulement dans ce cas, un recours contre ses cohéritiers, pour leur portion de ce qu'il a payé pour

eux, comme il a été jugé au Parlement de Paris, par l'Arrêt rapporté par *M. d'Héricourt*, à l'endroit cité, *Ch. 4. nomb. 17.*

Mr. de Catellan, *Liv. 6. Ch. 20.* déjà cité, rapporte sur cette matière, un Arrêt qui a jugé que les Créanciers du Testateur, pouvoient faire saisir les choses léguées, entre les mains des Légataires, sans avoir plutôt discuté l'héritier, & sans aucune saisie générale des Biens de la Succession, sous prétexte que le bénéfice de discussion n'est donné qu'aux tiers-Possesseurs & Acquéreurs, à titre onéreux, & non à ceux qui sont Acquéreurs, à titre lucratif, tels que sont les Légataires; ce qui est contraire à la disposition du Droit, en la Loi dernière, au Code de *hæreditar. action.* suivant laquelle les Créanciers n'ont aucune action personnelle contre les Légataires, pour faire saisir sur leur tête la chose léguée. *Creditores hæreditarios aduersus legatarios non habere personalem actionem conuenit*, dit cette Loi.

En effet, de droit commun les Créanciers n'ont qu'une action hypothécaire contre les Légataires, qui consiste à pouvoit faire saisir & vendre par décret les Biens de leur Débiteur, dans lesquels sont comprises les choses léguées, & non une action personnelle, qui n'a lieu que contre l'héritier, parce qu'il représente le dé-

sunt ; de sorte que comme l'hypothèque des Créanciers étoit indivisible sur la tête de leur Débiteur avant sa mort , elle l'est aussi après contre tous ses Successeurs , soit à titre onéreux ou à titre lucratif , de manière qu'ils peuvent faire saisir tous les Biens de leur Débiteur , en quelles mains qu'ils soient ; mais dans ce cas , les Légataires peuvent obliger les Créanciers à discuter l'héritier , avant que de s'en prendre sur les Biens légués. Ainsi l'Arrêt de *M. de Catellan* , étant contraire à la disposition du Droit commun , ne doit pas être regardé comme un préjugé décisif en pareil cas , ayant été rendu sur des motifs particuliers que nous ne connoissons pas.

Ainsi , suivant les principes que nous venons d'établir , il faut décider que les Légataires peuvent aussi-bien que les tiers-Acquereurs , opposer aux Créanciers le bénéfice de discussion ; en effet , les Arrêts qu'on trouve rapportés par *M. de Catellan* , au *Liv. 7. Ch. 2.* ont jugé , que les Légataires & les Donataires d'une chose particulière , peuvent prescrire l'action hypothécaire des Créanciers , par la possession de dix ans , étant regardés comme tiers-Acquereurs & Possesseurs , & par conséquent , il n'est pas douteux qu'ils ne soient en droit d'opposer le bénéfice de discussion. Il n'y a d'exception que pour

les Donataires ou les Légataires universels, parce qu'ils sont, *loco hæredis*, & en cette qualité, tenus personnellement d'acquitter toutes les dettes de la succession.

Ce que nous disons des Légataires particuliers, n'a pas lieu à l'égard des Légitimaux; c'est-à-dire, que comme les Légitimaux n'ont point d'hypothèque que sur les Biens du Défunt, comme les Légataires, ils ne peuvent pas opposer aux Créanciers le bénéfice de discussion: ils ont seulement une action pour demander leur droit de Légitime contre l'héritier chargé d'en faire le payement, tandis qu'il soutient cette qualité, que s'il vient à répudier, & que les Biens ne soient pas suffisans pour remplir les Légitimes, & qu'il y ait des Légataires, ils sont tenus de réduire leurs Legs jusques au montant des Légitimes, sans que dans aucun cas les Légitimaux soient tenus à aucune discussion.

A l'égard de l'obligation solidaire, entre plusieurs Coobligés, cette clause ne donne d'autre avantage au Créancier, que de pouvoir agir contre tous les Coobligés, chacun pour sa portion, & s'il y en a quelqu'un d'insolvable, il doit établir son insolvabilité par la discussion de ses entiers Biens, avant que de pouvoir agir

contre les autres pour cette portion, suivant *la Nouvelle 99*. Ce qui doit s'entendre des Coobliges solidaires, qui n'ont point renoncé aux bénéfices de division & de discussion; car s'ils y ont renoncé, le Créancier a la liberté d'agir contre celui des Coobligés qu'il juge à propos pour l'entière dette, sans être tenu de discuter les autres.

En second lieu, le tiers-Acquereur qui demande la discussion, doit opposer cette exception, dans le cas que le Créancier a compris dans la Saisie générale des Biens de son Débiteur, les Biens par lui acquis du même Débiteur; & à cet effet, il doit s'opposer à la Saisie desdits Biens, & demander par un libelle exprès, que le Créancier soit tenu de discuter les autres Biens de son Débiteur, & dont il est en possession, sur quoi il intervient un jugement qui ordonne cette discussion.

Là-dessus, il y a deux observations à faire; la première, que c'est au tiers-Acquereur à demander cette discussion, sans quoi le Juge ne peut point la suppléer, & la seconde, qu'il peut former cette demande en tout état de cause, même en cause d'appel, comme nous le dirons bientôt.

Du reste, le tiers-Acquereur peut opposer cette discussion, non-seulement dans

le cas de l'hypotéque générale, mais encore dans le cas de l'hypotéque spéciale; accumulées dans la même obligation; avec cette différence néanmoins, que lorsque l'hypotéque générale est jointe à l'hypotéque spéciale, le Créancier ne peut pas agir contre les tiers-Acquéreurs & Possesseurs des Biens de son Débiteur, qu'il n'ait plutôt discuté les Biens spécialement hypotéqués à la dette, suivant la disposition de la *Loi 2. au Code de pignorib.* & ce n'est qu'après cette discussion, & en cas d'insuffisance des Biens spécialement hypotéqués, qu'il peut agir sur tous les Biens de son Débiteur, même sur ceux qui sont entre les mains des Acquéreurs.

Ainsi, il est plus défavorable à un Créancier de stipuler une hypotéque spéciale & générale tout ensemble, que de stipuler une hypotéque générale simple, sur les Biens de son Débiteur, attendu que par l'hypotéque spéciale, jointe à la générale, il s'impose deux conditions onéreuses; la première, à discuter les Biens du Débiteur, & la seconde à discuter les Biens qui lui sont spécialement affectés, avant que de pouvoir recourir sur ceux qui lui sont généralement hypotéqués. Mais à l'égard des tiers-Détenteurs & Acquéreurs des Biens spécialement hypotéqués, il a été jugé qu'ils pouvoient oppo-

fer la discussion des autres Biens du Débiteur, non-obstant cette hypothèque spéciale, *M. Louet ; lettre H. nomb. 9.* rapporte un Arrêt qui l'a jugé de même, conformément à la disposition de l'Authentique. *Hoc si debitor Cod. de pignorib. & de l'Authentique, sed hodiè Cod. de obligat. & action.*

Il n'en est pas de même dans le cas de l'hypothèque générale simple, parce qu'alors, le Créancier pouvant agir généralement sur tous les Biens de son Débiteur, il n'est tenu à aucune discussion, *suivant Ferriere, dans son Dictionnaire de la Pratique, sous le mot Discussion, en matière d'hypothèque.*

Mais cet Auteur ajoute, que pour faire cesser la nécessité de la discussion de l'héritage hypothéqué spécialement, par rapport aux héritages généralement hypothéqués, dont les tiers-Acquereurs sont en possession, on insère la clause, *sans que l'hypothèque spéciale déroge à la générale, ni la générale à la spéciale*; au moyen de quoi le Créancier a la liberté d'agir en vertu de son hypothèque générale ou spéciale, comme bon lui semble, ou sur les Biens qui lui sont spécialement affectés, ou sur ceux qui ne le sont que généralement, sans que le Débiteur puisse lui opposer, qu'il doit discuter les Biens qui lui

sont spécialement hypotéqués , avant que d'agir sur les autres Biens.

Sur quoi, il faut observer que ce que nous venons de dire, ne regarde que le Débiteur , lequel ne peut pas opposer à son Créancier le bénéfice de discussion, par rapport aux Biens qui lui sont spécialement hypotéqués : car , à l'égard des tiers - Acquéreurs , la clause dont parle *Ferriere*, ne sert de rien , & ne peut leur porter aucun préjudice , ceux-ci pouvant toujours opposer la discussion au Créancier qui agit contre eux , soit que l'hypothèque soit générale ou spéciale, les clauses insérées dans les Actes par les Parties, ne pouvant donner aucune atteinte aux droits d'un tiers , qui n'a aucune part à cette convention.

Ce que nous disons de l'hypothèque spéciale, n'a pas lieu à l'égard du précaire ; c'est-à-dire , que celui qui vend un fonds, peut pour le paiement du prix qui lui est dû , agir directement sur le fonds vendu, en quelques mains qu'il soit, sans être obligé de discuter les Biens de l'Acquéreur , comme il a été jugé par un Arrêt du Parlement de Paris, du 9 Mai 1672. qu'on trouve rapporté dans le premier Tome du Journal du Palais. Cet Arrêt, ayant jugé qu'un Vendeur d'un fonds, dont il n'avoit été payé que d'une partie

du prix , & qui pour le surplus s'étoit réservé son hypothèque spéciale & privilégiée sur le fonds vendu , pouvoit agir directement contre le tiers-Acquereur & Détempteur de ce même fonds , sans être obligé de discuter les Biens de son Acquereur : l'Arrêt ayant déclaré les Biens vendus , affectés & hypothéqués pour le reste du prix dû au Vendeur , parce qu'au moyen du précaire & de l'hypothèque privilégiée que le Vendeur s'étoit réservée , & qu'il avoit de droit , quand même il ne l'auroit pas réservée , il pouvoit faire saisir le fonds vendu , pour en demander la vente séparée , & sur le prix en provenant , le paiement de ce qui lui étoit dû , par préférence à tous Créanciers , de la manière que nous l'avons dit dans notre Traité.

Du reste , le Parlement de Paris & autres , où la discussion des Biens est admise , exigent , non-seulement que les tiers-Possesseurs fassent l'indication des Biens existans du Débiteur , mais encore qu'ils en soient garans , & que pour la sûreté de leur garantie , ils consignent les fraix de cette indication , afin qu'ils n'abusent pas du bénéfice de discussion qui leur est accordé , & qu'ils n'engagent pas les Créanciers à faire des fraix inutiles sur une fautive indication ; en sorte que si les Biens in-

diqués n'appartenoient pas au Débiteur, l'Indicant seroit tenu des dommages & intérêts du Créancier, qui auroit poursuivi le décret sur les Biens indiqués, comme il a été jugé par les Arrêts qu'on trouve rapportés dans le Journal du Palais, *Tom. 1. page, 755. dans M. Maynard, Liv. 7. Chap. 58. & dans d'Hericourt, à l'endroit cité, Chap. 4. nomb. 21.*

En troisième lieu, les Biens qui doivent être discutés, sont ceux qui n'ont point été aliénés, & dont le Débiteur est en possession, suivant *la Loi 15. § 2. ff. de re judicata*. Lorsqu'il s'agit de la discussion, il faut commencer par faire saisir & vendre les meubles du Débiteur, qui ont vie, comme sont les chevaux, les bœufs, les bêtes à laine, & autres animaux, *res mobiles animales*, si leur prix n'est pas suffisant pour le payement de la dette, & qu'il n'y ait point des meubles, il faut saisir & vendre les immeubles du Débiteur. *Etiam soli pignora capi jubent & distrahi*. Et enfin si le Débiteur n'a point des immeubles, ou s'ils ne suffisent pas pour satisfaire le Créancier, il faut alors discuter ses droits & actions, *tunc venietur ad jura*.

Mais cette Loi n'est pas observée parmi nous, où l'usage & la Jurisprudence est telle, qu'on peut faire saisir & vendre géné-

ralement tous les Biens des Débiteurs, soit meubles & immeubles, noms, droits & actions, même les offices dont ils sont pourvûs, sans que le Créancier soit obligé de discuter préalablement aucuns meubles ni effets mobiliers, ni même ceux des Mineurs, conformément à la disposition de l'Ordonnance de 1539. art. 73. qui porte, *que pour la validité des Saisies, Exécutions, Crieés, il n'est pas besoin de faire perquisition des meubles.* Il n'y a d'exception, comme nous l'avons remarqué dans notre Traité, que pour les meubles des Mineurs, situés dans le Ressort du Parlement de Paris, qui doivent être discutés avant que de pouvoir faire saisir leurs immeubles.

Ainsi, lorsque le Créancier a compris dans la Saisie générale, des Biens de son Débiteur, les Biens qu'il a aliénés, & qui sont au pouvoir des tiers - Acquéreurs, ceux-ci sont en droit d'opposer à ce Créancier la discussion des biens extans du Débiteur, en les indiquant à leurs périls & fortunes, comme il a été déjà dit. Le Parlement de Rouen, par un Règlement de 1666. art. 131. exige même que le tiers-Détempteur qui demande la discussion, déclare les Biens indiqués par tenans & aboutissants.

Ce même Parlement exige encore non-seulement que le tiers-Détempteur indique

les héritages possédés par le Débiteur, ou par ceux qui ont acquis de lui, pour être vendus par décret, au péril de celui qui demande la discussion; mais encore qu'il donne caution de faire payer le Saisissant de la dette, sans aucune charge des fraix du décret, & des Lods & Ventes, précaution que le Parlement de Paris ni les autres n'ont point pris à cet égard.

Quand nous disons que les tiers-Détempteurs, sont en droit d'opposer la discussion des Biens extans du Débiteur, nous entendons néanmoins excepter de cette Loi, les Détempteurs des Biens baillés en engagement, qui ne peuvent pas opposer cette exception, par la raison que *dominium pignoris penès debitorem est*. Enforte que l'engagement ne transportant point la propriété du fonds à l'engagiste, celui-ci ne peut point opposer de discussion: la saisie des Biens engagés doit avoir son effet, comme s'ils n'avoient pas été aliénés, suivant *Basnage, à l'endroit cité, Chap. 5. page 38.*

À l'égard de l'indication, il faut observer, que le tiers-Acquereur est tenu d'indiquer tout à la fois, les Biens du Débiteur: de sorte qu'il n'est pas reçu à en indiquer une partie l'une après l'autre, pour ne pas abuser de la grace qui lui est accordée, & ne pas obliger le Créancier à faire

plusieurs saisies des Biens de son Débiteur, comme il seroit obligé de le faire, si on pouvoit les lui indiquer les uns après les autres : ainsi après avoir fait l'indication, si les Biens indiqués ne sont pas suffisans, le tiers-Acquereur n'est pas reçu à en faire une nouvelle, si ce n'est que pendant le cours de la discussion des Biens indiqués, ou après même cette discussion, le Débiteur n'eût recueilli quelque Succession, ou n'eût fait quelque acquisition considérable ; dans ce cas, l'indication seroit reçüe, parce qu'on ne pourroit pas imputer au tiers-Acquereur d'avoir affecté de ne pas indiquer les Biens du Débiteur, afin de vexer les Créanciers ; *Sur quoi on peut voir M. d'Hericourt, à l'endroit cité, nomb. 20.*

Au surplus, les Créanciers ne sont pas tenus de discuter les Biens de leur Débiteur, situés hors du Royaume, par deux raisons ; la première, parce qu'on ne peut pas obliger les Sujets du Roi de plaider hors du Royaume ; & la seconde, parce que la discussion seroit tres-difficile & très-dispendieuse ; ce qui le plus souvent causeroit aux Créanciers la perte de leurs dettes, s'ils étoient obligés d'aller discuter dans des Pays étrangers, les Biens de leurs Debitors ; sur quoi, on peut voir les Arrêts rapportés par *Louet & Brodeau, lettre D. Somme 29.*

On entend par Pays étrangers, tous ceux qui ne sont point sous la domination du Roi de France, tels que sont les Royaumes étrangers; & les Principautés Souveraines, qui en sont indépendantes, du nombre desquelles on met la Principauté de Dombes, qui étoit autrefois unie à la France, & qui ne l'est plus, depuis que nos Rois ont consenti que les Seigneurs de cette Principauté eussent un Parlement pour rendre la justice sans appel, & le Comtat d'Avignon, qui est depuis long-tems sous la Souveraineté du Pape; mais à l'égard du Duché de Bar, celui-ci étant un Fief de la Couronne de France, & les Appellations des Juges de ce Duché étant portées au Parlement de Paris, on ne peut pas le regarder comme une Souveraineté étrangère, & par conséquent, les tiers-Acquereurs peuvent obliger le Créancier à discuter les Biens situés dans ce Duché, avant que d'agir sur les Biens par eux acquis: *Voyez Me. d'Hericourt, à l'endroit cité, Chap. 4. nomb. 19. Bretonnier, sur Henrys, Liv. 4. quest. 24. & Chopin, sur la Coutume d'Anjou.*

Il y a des Parlemens, du nombre desquels est le Parlement de Grenoble, qui ont restreint la discussion aux Biens seulement qui sont situés dans leur Ressort; de sorte, qu'on ne peut pas obliger le Créan-

oier à discuter les Biens qui sont hors leur Ressort ; ainsi le Parlement de Grenoble, n'oblige point le Créancier à discuter les Biens que le Débiteur possède dans le Dauphiné, à moins qu'il ne les ait spécialement hypothéqués à la dette, parce qu'alors l'hypothèque spéciale, fait une exception à la règle. *Voyez d'Hericourt, ibidem.*

Enfin, il faut observer que le bénéfice de discussion est regardé comme une exception péremptoire, parce qu'elle tend à éteindre l'obligation du tiers-Acquereur. En effet, si les biens du principal Débiteur sont en état de payer les Créanciers, après la discussion faite, le tiers-Acquereur n'a rien à craindre, attendu que dans ce cas, l'obligation du Débiteur, & l'hypothèque des Créanciers demeurant éteintes, le recours contre le tiers-Acquereur l'est aussi.

Cette exception peut être encore regardée comme dilatoire, parce que, si par événement après la discussion faite, les Biens du Débiteur ne sont pas suffisans pour payer tous les Créanciers, le tiers-Acquereur pourra être recherché sur les Biens par lui acquis, sujets à l'hypothèque, pour le paiement des Créanciers qui restent à payer, & par-la cette exception ne faisant que suspendre l'action des Créanciers, jusques après la discussion, fera seu-

lement dilatoire, parce qu'elle n'aura fait que retarder l'action des Créanciers, contre le tiers-Acquereur,

Sur quoi, il faut observer, que les exceptions dilatoires, doivent être proposées avant ou lors de la contestation en cause, & que les exceptions péremptoires peuvent être opposées en tout état de cause. Il faut néanmoins distinguer les exceptions purement dilatoires de celles qui sont dilatoires & péremptoires, tout ensemble, suivant l'événement; en ce que les premières doivent être opposées, comme nous venons de le dire, avant ou lors de la contestation en cause, & que les secondes peuvent être opposées en tout état de cause, même en cause d'appel.

Or, le bénéfice de discussion étant regardé comme une exception dilatoire ou péremptoire, suivant l'événement qu'elle peut avoir, elle peut par conséquent être opposée en tout état de cause. *Discussio*, dit Ferricre, *sur la question 94. de Gui-pape, est beneficium juris, & ideo in quacumque parte litis opponi potest, etiam post sententiam in causa appellationis.* Ce que cet Auteur atteste avoir été ainsi jugé au Parlement de Toulouse.

Sur la question, sçavoir, si lorsqu'un Créancier a fait saisir les Biens qui sont sujets à son hypothèque, & que son Débi-

teur a aliénés à plusieurs personnes, les premiers Acquereurs peuvent faire rejeter la Saisie, sur ceux qui ont acquis apres eux. *M. Maynard, Liv. 7. Chap. 58.* rapporte un Arrêt, qui a jugé qu'une Femme poursuivant par hypothèque, les Débiteurs des Biens de son Mari, discuterait les derniers Acquereurs, que les premiers lui avoient indiqués. *Graverol, sur Mr. Larroche, tit. 49. Liv. 6. Arr. 3. sous le mot Eviction,* en rapporte un autre, du 13. Août 1668. qui a aussi jugé, que le dernier Acquereur est toujours à découvert, & qu'ainsi, les premiers Acquereurs exécutés, étoient recevables à faire rejeter la Saisie sur les autres Biens du Débiteur, en dernier lieu aliénés.

Mais ce dernier Auteur, au même endroit, rapporte deux autres Arrêts postérieurs, qui ont jugé, que comme les derniers Acquereurs sont aussi privilégiés que les premiers, ils peuvent demander leur garantie contre les autres, quoique antérieurs à leurs acquisitions. Ces derniers Arrêts sont sans doute plus conformes aux principes du Droit, suivant lesquels un tiers-Acquereur & Possesseur, ne peut pas demander la discussion des Biens de ceux qui ont acquis après lui les immeubles de son Débiteur; car la Nouvelle 4. qui accorde au tiers-Possesseur le bénéfice de

discussion du principal obligé & de ses Fidéjusseurs, ne lui donne pas le même privilège, par rapport aux autres Acquéreurs postérieurs.

De sorte que de droit commun, après la discussion faite des Biens du principal Débiteur, le Créancier peut s'adresser à celui des Tiers-Acquéreurs que bon lui semble, sans être tenu de garder l'ordre des acquisitions, suivant la disposition de la Loi 8. ff. de distract. pignor. qui s'explique en ces termes. *Creditoris arbitrio permittitur & pignoribus sibi obligatis, quibus velit distractis, ad suum commodum pervenire.* On peut voir encore là-dessus ce qu'ont écrit *M. d'Hericourt*, à l'endroit cité, *Chap. 4. nomb. 18. & Basnage, Ch. 5. page 39. de l'Édition de 1687.*

En effet, tel est l'usage dans tout le Royaume, que le Créancier peut saisir tous les Biens de son Débiteur, en quelques mains qu'ils soient, sans qu'il soit obligé de discuter les derniers Acquéreurs, & sans que les premiers Acquéreurs puissent faire rejeter la saisie sur les derniers, les uns & les autres étant également privilégiés, peuvent seulement demander la distraction des Biens par eux acquis, s'ils ont prescrit l'action hypothécaire des Créanciers, ou s'ils ont d'autres exceptions légitimes pour cela, sinon ils n'ont d'autre

ressource, que celle de demander dans l'instance de distribution, leurs allocations pour le prix de leurs acquisitions, eu égard au privilège & a la priorité de leurs hypothèques, de la manière que nous l'avons expliqué dans notre Traité.

Du reste, la discussion peut être opposée contre le Fisc, lorsqu'il est Créancier, & même lorsqu'il a pris les Biens confisqués sur le Débiteur principal, parce que dans ce dernier cas, le Fisc représentant le Débiteur, les Biens confisqués doivent être sujets à la discussion, d'autant mieux que les Créanciers hypothécaires passent toujours avant le Fisc, qui ne profite de la confiscation, que de ce qui reste après que les Créanciers sont payés, & par conséquent, si les tiers-Acquéreurs & Débiteurs sont attaqués par les Créanciers, il est juste qu'ils puissent opposer la discussion des Biens confisqués, comme s'ils étoient entre les mains du Débiteur. *Leg. 47. ff. de jure fisci, Leg. 1. Cod. de Fidejussor. Leg. 2. Cod. de Sentent. passis; & Basnage, à l'endroit cité, part. 2. Ch. 4. page 30.*

Il y a encore une autre espèce de discussion, qui a lieu dans les cessions & transports des dettes, comme lorsqu'un Créancier cède a un Tiers, une somme à prendre sur son Débiteur, avec promesse de

garantir la somme cédée, & de la faire valoir, dans ce cas, si le Débiteur refuse de payer la somme cédée au Cessionnaire, celui ci peut avoir son recours de garantie contre le Cédant, mais ce ne sera qu'après avoir discuté les Biens de ce Débiteur, à moins qu'il ne soit convenu par une clause expresse, que le Cessionnaire ne sera tenu de faire aucune discussion contre le Débiteur, comme l'enseigne *Ferriere*, dans son *Dictionnaire de la Pratique*, sous le mot *Discussion en fait de transport d'une dette.*

Mais lorsque le Cessionnaire n'a point stipulé de garantie contre le Cédant, la discussion n'a pas lieu, & il ne peut avoir aucun recours contre son Cédant, au cas le Débiteur soit insolvable, parce que le Cédant dans cette hypothèque, n'a pas répondu de la solvabilité du Débiteur, mais seulement que la dette lui étoit dûe. *Ferriere, ibidem.*



CHAPITRE XI.

DE la préférence entre Créanciers, sur le prix provenant de la vente des Meubles & des Immeubles saisis, & des droits dont jouissent les Sequeſtres, les Fermiers judiciaires & les Commiſſaires aux Saisies réelles, pendant les instances de Decret.

A PRÈS que la Saisie mobilière ou réelle, a été faite sur les Biens du Debitéur, & que la vente judiciaire en a été faite en la forme que nous l'avons remarqué dans notre Traité, la distribution des deniers provenans de cette vente, doit être faite entre les Créanciers ſaiſiſſans & oppoſans, en égard à la priorité de leurs hypotèques.

Il n'y a d'exception que pour les Créanciers privilégiés, lesquels par un privilège particulier, ſont préférés à tous les Créanciers hypotécaires, ſans avoir égard au tems que la dette a été contractée, parce que, *comme le dit le Jurisconſulte, en la*

Loi 32. ff. de reb. autor. judic. possid. privilegia non ex tempore, sed ex causa æstimator. Tels sont par exemple, ceux qui ont un droit réel sur la chose commune, les vendeurs sur la chose vendue, dont le prix n'a pas été payé, & autres que nous avons remarqué dans notre *Traité*.

Le précaire est si favorable, qu'il est préféré à la dot de la femme, parce que la femme ne pouvant avoir de privilège que sur les Biens qui appartiennent à son mari, lors de son Contrat de Mariage, il s'ensuit que quelque favorable qu'elle soit, son privilège ne peut point s'étendre sur des Biens acquis par le mari, dont le prix n'est pas payé, le mari n'ayant pû en acquérir la propriété, tandis qu'il en doit le prix: ce qui fait que le Vendeur est préféré pour son précaire à tous les Créanciers de l'Acheteur, même au privilège de la Dot de la femme; ce qui est contraire à la disposition de *la Nouvelle 27. de Justinien, Ch. 3.* qui donne la préférence à la femme sur le précaire.

Mais il faut remarquer qu'il n'y a que le Parlement de Toulouse, où la *Loi affiduis, au Code qui potior. in pignor. habent,* est exactement observée, qui donne à la femme pour la répétition de sa Dot, le privilège contre tous les Créanciers du mari, même antérieurs à son Contrat de mariage,

mariage , à l'exception néanmoins de deux cas ; ſçavoir , 1°. lorsque la quittance de la Dot ne porte point numération des deniers , ce qu'on appelle Dot confettée & non payée , parce qu'on présume alors que c'est de la part du Mari une libéralité déguifée , qui n'a point de privilège. 2°. Lorsque les Créanciers dénoncent à la Femme leurs Créances avant le mariage.

Du reſte , le privilège accordé à la Femme , dans le Reſort de ce Parlement , paſſe non-ſeulement à ſes Enfans , mais encore à ſes héritiers étrangers , comme nous l'avons expliqué au long dans notre Traité , ſuivant les Arrêts rapportés par *M. de Catellan* , Liv. 4. Chap. 42. *Vedel* , dans ſes *Observations ſur cet Auteur* , & l'Arrêt qu'il rapporte , du 30 Avril 1737.

Dans tous les autres Parlemens de Droit écrit , on ne donne hypothèque à la femme pour la répétition de ſa Dot , ſur les biens de ſon Mari , que du jour de ſon Contrat de mariage , & ſ'il n'y a point de Contrat , on lui donne une hypothèque tacite , du jour de la Bénédiction nuptiale ; mais à l'égard des Meubles , elle eſt toujours préférée à tous les autres Créanciers , comme le remarque *Ferriere* dans ſon *Dictionnaire de la Pratique* , ſur le mot *Dot* , en pays de *Droit écrit*.

Sur quoi il faut remarquer que le Pri-

vilége que le Parlement de Toulouſe accorde à la Femme , contre tous les Créanciers hypothécaires , n'a lieu que lorsque le Contrat de mariage est public ; car s'il étoit d'écriture privée , le privilége & hypothèque pour la dot , n'auroit lieu que du jour de l'aveu , & ne porteroit aucun préjudice aux Créanciers qui auroient contracté avec le Mari avant cet aveu ; comme il a été jugé par l'Arrêt du 7 Juin 1719. que rapporte *Me. Serres*, dans *ſes Institutions du Droit François*, Liv. 4. tit. 6. §. 29.

Outre le précaire , il y a encore d'autres ſommes privilégiées qui ſont allouées avant la Dot de la Femme , comme ſont tous les deniers Royaux , les Cenfives & autres droits Seigneuriaux , les Fraix funéraires de la dernière maladie , les Habits de deuil de la précédente femme , les Réparations faites aux maifons & bâtimens du Mari , l'Argent remis en dépôt & qui ſe trouve en nature chez le Mari , le Reliqua de tutelle dû par le Mari , lorsque la tutelle lui a été donnée avant le mariage , & autres ſommes détaillées dans notre *Traité*.

La Femme , diſons-nous , pour la répétition de ſa Dot , eſt préférée à tous les Créanciers hypothécaires du Mari : ſur quoi on demande ſi cette préférence a lieu

sur les Enfans légitimaires, dans l'espèce suivante ; Pierre a trois Enfans, Jean, François & Marguerite. Pierre en mariant Jean, son Fils aîné, lui donne tous ses Biens présens & à venir, & réserve 400 liv. pour doter François, & autres 400. liv. pour doter Marguerite ses deux Filles.

Le jour du Contrat de mariage, ou le lendemain Pierre reçoit 1000 liv. de la Dot de sa Belle-fille, qu'il reconnoît sur ses Biens donnés, & quelque tems après le mariage de son fils, il meurt sans avoir doté ses deux filles ; il est question de sçavoir si la Belle-fille a une hypothèque privilégiée, & doit être préférée sur les Biens de Pierre pour les 1000 liv. de sa Dot qu'il a reçûe, aux Dots par lui réservées pour ses filles ? On peut dire en faveur de la Belle-fille, que son Beau-pere en recevant la Dot lors du Contrat de mariage, & l'ayant reconnu sur ses Biens donnés, elle a une hypothèque dès-ce jour-là sur tous ces Biens, & conséquemment qu'elle doit être préférée aux légitimes des Enfans, attendu que de droit commun, les légitimes ne sont allouées qu'après tous les Créanciers du Pere.

On peut dire, au contraire pour les filles, que dans l'espèce proposée, ne s'agissant point d'une simple légitime laïllée

par le Pere , mais d'une réserve faite dans le Contrat de mariage de son Fils, de deux sommes fixes , pour être employées à leurs Dots , elles doivent être préférées pour ces sommes à la Belle fille , attendu que par cette réserve , les sommes réservées ne sont point comprises dans la donation faite par le Pere , & conséquemment qu'elles ne sont point sujettes à l'hypothèque de la Belle-fille , & c'est ainsi que cette question est décidée par *Caucerius*, *part. 1. chap. 8. de Donat. nomb. 209. & 210.*

Nous avons dit , que la préférence des Créanciers les uns aux autres , se règle par la priorité de leurs hypothèques , & non par la priorité des saisies , ce qu'il faut entendre dans le cas de la Saisie réelle des Biens du Débiteur ; car il en est autrement , lorsqu'il s'agit d'une Saisie mobilière. En effet , nous avons déjà observé qu'à l'égard de cette dernière , ce n'est pas le premier Créancier en hypothèque qui est préféré aux autres , mais le premier Saisissant , pourvu toutefois que la saisie soit suivie d'un déplacement des Meubles saisis ; car si en saisissant on les avoit laissés au pouvoir du Débiteur , un autre Créancier qui les auroit fait saisir & déplacer , seroit préféré au premier Saisissant.

La raison que donnent les Auteurs de

cette Jurisprudence , est que tandis que les Meubles sont au pouvoir du Débiteur , ils sont susceptibles d'hypotéque , & peuvent toujours être saisis , au lieu que lorsqu'ils ont été déplacés & remis au pouvoir d'un dépositaire , le Débiteur en ayant été par-là dépourvu , ils ne peuvent pas être suivis par hypotéque , ni par conséquent être saisis ; sur quoi on peut voir ce que nous avons rapporté à ce sujet *dans notre Traité* , Tom. 1. page 115. & suivantes.

Ce que nous disons du premier Saisissant , doit aussi être entendu du premier Opposant ; c'est-à-dire , que comme le premier Saisissant est préféré aux autres , de même le premier Opposant à la saisie des Meubles , est préféré aux Opposans postérieurs , parce que l'opposition étant regardée comme une seconde saisie , leur préférence doit être réglée , eu égard à leurs oppositions , & non à la date de leurs hypotéques.

Sur quoi il faut observer qu'au Parlement de Toulouse , le prix provenant de la vente des Meubles est adjugé irrévocablement au premier Saisissant ; de sorte qu'il n'est pas obligé de le représenter en aucun cas , comme n'ayant reçu que son paiement ; mais il en est autrement au Parlement de Paris , où conformément à

L'Art. 180. de la Coûtume, s'il y a des Créanciers Saisissans ou Opposans qui ne puissent pas être payés sur le prix des Meubles saisis, & qu'ils allèguent l'insolvabilité du Débiteur, ou l'insuffisance des autres Biens, le prix provenant de la vente n'est adjugé au premier Saisissant, qu'en donnant Caution de le rapporter, pour être mis à contribution, si les autres Biens ne se trouvent pas en effet suffisans. *Voyez Henrys, Tom. 1. pag. 448. & M. Boutaric, dans ses Institutes du Droit Français, Liv. 3. tit. 15. page 434.*

Nous disons que lorsqu'il y a plusieurs Saisissans des mêmes Meubles d'un Débiteur, la préférence est réglée par la date des saisies, & non par la priorité de leurs hypothèques, pourvû que les Meubles ayent été déplacés, ou mis entre les mains d'un dépositaire qui s'en soit chargé, sur quoi on demande s'il en est de même des fruits saisis; c'est-à-dire, si lorsqu'il y a plusieurs Saisissans des mêmes fruits pendans par les racines, & mis au gouvernement des Sequestres, le premier Saisissant est préféré aux autres, sur le prix provenant de la vente de ces fruits, quoique postérieur en hypothèque.

L'Ordonnance de 1667. tit. 33. art. 20. semble décider la question pour l'affirmative. En effet, cet article porte, *que incur*

tiennent après la vente des choses saisies, les deniers en provenant seront délivrés par le Sergent ou Huissier, entre les mains du Saisissant, jusqu'à concurrence de son dû, & le surplus délivré au Saisi, & en cas d'opposition, à qui par Justice sera ordonné. D'où il semble qu'on doit conclure, que le prix provenant de la vente des fruits saisis, doit être délivré au premier Saisissant, à concurrence de ce qui lui est dû; & le surplus, s'il y en a, aux autres Créanciers Saisissans ou Opposans, quoique les fruits ne puissent pas être déplacés, comme les Meubles, lorsque la saisie en est faite, & que le déplacement en ce qui regarde les Meubles ou choses mobilières, soit absolument nécessaire pour fixer la préférence entre plusieurs Créanciers Saisissans.

Suivant les Arrêts rapportés par *M. de Catellan*, *Liv. 6. Chap. 28.* on a toujours jugé de la manière que nous venons de le dire, à l'égard de la saisie des Meubles, mais non pas à l'égard des saisies & arrestations des sommes dûes au Débiteur, à raison desquelles, cet Auteur observe, que la Jurisprudence de ce Parlement est telle, qu'entre plusieurs Saisissans les mêmes sommes, la préférence est réglée par la priorité de l'hypothèque, & non par la date des saisies, mais *Me. Boutaric* à l'endroit cité, atteste au contraire, qu'on ne

luit pas cette Jurisprudence au Palais, & qu'on y juge qu'une somme bannie & arrêtée, quoique encore en nature, & entre les mains de qui elle étoit auparavant, n'est pas moins le prix de la vigilance du premier Saisissant, que le prix provenant de la vente des Meubles. Aussi M. Vedel, dans ses Observations sur M. de Catellan, au Chapitre cité, rapporte deux Arrêts, qui l'ont jugé de même. Ces Arrêts fondés suivant cet Auteur, sur ce que dans les saisies particulières, on n'a point d'égard à la priorité d'hypotèque, mais à la priorité des saisies, comme pour récompenser la diligence du Créancier Saisissant.

De tout cela, il faut conclure, que ce n'est que dans les saisies réelles & ventes par décret, qu'on a égard à la priorité des hypothèques, & non à la priorité des saisies, & que dans les saisies particulières, comme sont les saisies des Meubles, & des fruits, & les bannimens ou arrestations des sommes, on donne la préférence aux premiers Saisissans.

Du reste, il faut observer, que quoiqu'on puisse faire plusieurs saisies sur les Biens d'un Débiteur, néanmoins on ne procède à la vente des choses saisies, que sur la première, attendu que toutes les autres sont converties en simples opposi-

rions, suivant la maxime, *Saisie sur saisie ne vaut*, dont nous avons déjà parlé; de sorte que, soit qu'il s'agisse d'une saisie mobilière, ou d'une saisie ou arrestation des sommes, ou d'une saisie réelle, toutes les saisies postérieures ne sont regardées que comme des oppositions, à l'effet de faire allouer les Créanciers à leur rang, en donnant, comme nous l'avons déjà dit, dans la saisie mobilière, la préférence au premier saisissant, & dans la saisie réelle, à la priorité de l'hypothèque, sur le prix provenant de la vente des choses saisies.

A l'égard des sequestres établis pour la perception des fruits des Biens saisis, lorsqu'il y a plusieurs saisies, les Sequestres établis dans les saisies postérieures ne doivent point se mêler de percevoir les fruits, d'autant que ces saisies sont, comme nous venons de le dire, converties en simples oppositions, ils peuvent seulement pour la sûreté du Créancier qui les a établis, faire bannir entre les mains des Sequestres établis dans la première saisie, le prix provenant de la vente des choses saisies; mais quand ils ne prendroient pas cette précaution, les Créanciers postérieurs ne seroient pas moins payés à leur rang de leur créance; parce que leurs saisies étant converties en oppositions, à la première

faisie, ils seroient toujours alloués du jour de leur opposition.

Nous avons dit dans notre *Traité*, que lors de l'établissement des Sequestres sur les fruits des Biens saisis, il faut que les Sequestres nommés dans le verbal de saisie, le signent, s'ils savent ou veulent signer, sinon qu'ils soient interpellés de le faire, dont il doit être fait mention dans ledit verbal, à peine de nullité, & de 50 liv. d'amende contre l'Huissier ou Sergent, qui manqueroit à cette formalité, au profit de celui qui poursuit l'établissement des Sequestres, & de ses dommages & intérêts, le tout conformément à l'article 8. du titre 19 de l'Ordonnance de 1667.

Sur quoi, il faut observer que la disposition de cette Ordonnance n'est pas exactement observée dans le ressort du Parlement de Toulouse, où l'on établit le nombre des Sequestres qu'il convient, sans les obliger ni interpellier de signer le procès-verbal de saisie, il suffit de les dénommer tous dans le verbal, & de leur en donner à chacun une copie, en parlant à leurs personnes, ou à leurs domiciles, en parlant à quelques-uns de leurs domestiques, & non par affixion à la porte; de sorte que si un Sequestre, ainsi établi, se plaigeroit pour se faire déchar-

ger de sa commission , sur le fondement du défaut de signature & de l'omission d'avoir été interpellé de signer le verbal de saisie , il ne seroit point écouté , & seroit obligé de faire le devoir de sa charge. Il en seroit sans doute autrement d'un dépositaire des Meubles ou effets mobiliers saisis , lequel pour s'en charger est obligé de signer le verbal de saisie , s'il sçait ou veut signer , sinon il doit être interpellé de ce faire , de quoi il doit être fait mention dans le procès-verbal , conformément à cette Ordonnance.

Mais cette Ordonnance est régulièrement observée au Parlement de Paris , à l'égard desquelles , suivant les Arrêts qu'on trouve rapportés par *M. Louet & Brodeau , lettre C. Somm. 3.* qui ont déclaré nuls , des exploits de saisie , faute d'avoir interpellé les Sequestres de signer , quoiqu'il y fût fait mention qu'ils en avoient eu chacun une copie. Ces Arrêts fondés sur la disposition de l'Ordonnance de Blois , qui porte à *l'art. 172.* qu'à faute par les Sergens de faire signer l'exploit d'établissement des Commissaires , ou bien par un Notaire à leur requête , en présence des Témoins , ou bien par deux Témoins , lesquels par exprès , seront tenus de signer , foi ne doit être ajoutée au rapport desdits Sergens.

Nous disons que ce défaut d'interpellation aux Sequestres de signer le procès-verbal de saisie est une nullité ; mais on demande si cette nullité peut être relevée par le Saïsi , à l'effet de faire annuler la saisie avec dépens, dommages & intérêts ? Nous avons déjà décidé cette question pour la négative : c'est-à-dire, que comme la nécessité de l'interpellation n'a d'autre motif que l'intérêt du Sequestre , afin qu'on ne puisse pas l'obliger à représenter des fruits dont il n'a pas été chargé, il n'y a que le Sequestre qui puisse relever ce défaut pour se faire décharger de sa commission, & non le Saïsi , auquel cette nullité , ne porte aucun préjudice ; de sorte que la peine de nullité & des dommages & intérêts, prononcée par l'Ordonnance, n'a lieu que lorsque le Sequestre se plaint & qu'il relève cette nullité ; & conséquemment, que lorsqu'il ne se plaint pas , il n'y pas lieu à infliger cette peine. Sur quoi on peut voir *Bornier, sur l'art. 8. de l'Ordonnance citée, & M. Boutaric, sur ce même article.*

L'Ordonnance de 1567. à l'endroit cité, *art. 10.* veut que si les choses séquestrées consistent en quelque jouissance, les Sequestres soient tenus de faire incessamment procéder en Justice, les Parties dûment appelées au Bail judiciaire, en cas

qu'il n'y ait point de Bail conventionnel, ou qu'il eût été fait en fraude & à vil prix, ce qui est ainsi observé dans les saisies réelles, dans les Pays où l'établissement des Sequestres a lieu, & non dans les simples saisies des fruits, suivant l'Arrêt du Parlement de Toulouse, du 1. Mars 1755. & l'Arrêt de la Cour des Aydes de Montpellier, du 12 Juin 1715. dont nous avons parlé dans *notre Traité, Tom. 1. page 171.* dont on peut voir les dispositions qui y sont rapportées.

Mais à l'égard des saisies réelles, il faut nécessairement, que les Sequestres établis au régime des Biens saisis en Languedoc, fassent procéder au Bail judiciaire des fruits d'icelle Biens, les Parties dûment appelées. Il en est de même du Commissaire aux saisies réelles, pour les Biens saisis en Guyenne, lequel doit faire procéder au Bail judiciaire des fruits des Biens saisis d'abord après avoir enregistré la saisie.

Ainsi après que la saisie réelle a été faite, en Guyenne, le saisir-faisant, doit la faire enregistrer dans les six mois, à compter du jour de sa date, sur le Registre destiné pour cela par le Commissaire aux saisies réelles, à peine de nullité, ainsi qu'il est porté par l'Edit du mois de Juin 1691. après quoi ce Commissaire doit regir les Biens saisis, comme s'il en étoit le pro-

priétaire, en consentir les Baux judiciaires, & en percevoir le prix aux termes échus pour faire fonds au paiement des Créanciers, le tout en la manière que nous l'avons expliqué dans notre *Traité*, au *Tome 1. page 364. & suivantes.*

Après que les Sequestres ou le Commissaire aux saisies réelles ont fait procéder au Bail judiciaire des Biens saisis, ce Fermier doit jouir de tous les fruits & droits utiles qui proviennent de ses Biens, comme des Rentes, Censives, Lods & Ventes, Quint & Requin, Relief, ou Rachat échus pendant son Bail, dans le cas que la saisie comprend quelque Seigneurie ou quelque Fief, mais le Fermier ne peut pas jouir des droits honorifiques, attachés à cette Seigneurie, comme de nommer un Juge pour rendre la Justice, ni recevoir la Foi & Hommage, quoiqu'il gagne les fruits, quand la saisie féodale est faite à faute d'hommes, droits & devoirs non faits & non payés.

Il ne peut pas non plus présenter aux Bénéfices, ni nommer aux Offices, ni même jouir du droit de Chasse, parce qu'il appartient par l'Ordonnance des Eaux & Forêts, aux Seigneurs Haut-Justiciers, & aux Seigneurs des Fiefs, à l'exclusion de tous autres. Ainsi tous ces Droits honorifiques appartiennent au Saisi, non-obs-

tant la saisie réelle , & le Bail judiciaire des fruits , jusques à l'adjudication définitive du Décret , parce que ce n'est qu'alors qu'il est dépossédé du fonds , comme il a été jugé par les Arrêts que rapporte *Me. d'Hericourt* à l'endroit cité , *Chap. 7. nomb. 21. page 119. & 120.*

Cependant *M. Maynard* , *Liv. 2. Chap. 41.* rapporte un Arrêt du Parlement de Toulouse , qui a jugé deux questions sur cette matiere : la premiere , que dans la saisie générale des Biens d'un Débiteur , le droit de présenter à un Bénéfice , étoit compris , & conséquemment dans le Bail judiciaire desdits Biens : & la seconde , que la collation & présentation aux Bénéfices , étant mises au nombre des fruits , les Sequestres étoient en droit d'y présenter pendant leur administration ; de sorte que dans l'espèce de cet Arrêt , le pourvû d'une Chapellenie spiritualisée , sur la présentation des Sequestres , fut maintenu au préjudice de celui qui avoit été pourvû sur la présentation de l'héritier & successeur du Débiteur discuté.

Mais il paroît par les raisons que cet Auteur rapporte , que les Juges se déterminèrent à maintenir le pourvû sur la présentation des Sequestres , sur la comparaison qu'ils firent du Sequestre au Fermier : comparaison qui ne peut trouver

d'application dans cette matiere; puisqu'il y a une différence remarquable de l'un à l'autre, en ce que le Fermier est le Maître absolu, & le Propriétaire des fruits, sans être obligé d'en rendre aucun compte, & que les Constitutions Canoniques accordent aux Fermiers & aux Engagistes, le droit de présenter aux Bénéfices, lorsque le Patronage est réel, dans le cas que le Propriétaire ne l'a pas expressément réservé, comme on peut voir dans le Chapitre *ex litteris extrâ de jur. Patronorum*, & dans le Chapitre, *cum Bertholdus extrâ de sentent. & de re judic.*

Il en est sans doute autrement, suivant l'observation de M. de Catellan, *Liv. 1. Chap. 2.* des Sequestres, qui n'ont point la propriété des fruits, & qui n'ont que le droit de les percevoir & de les garder, pour les rendre au Débiteur ou au Créancier, auxquels ils en doivent rendre compte, après que leur charge a pris fin, d'où cet Auteur conclut, que le droit de Patronage doit appartenir au Débiteur saisi, & non aux Sequestres, parce que les fruits lui appartiennent en propriété, jusques à l'expédition du décret, & mise de possession: à quoi il ajoute, que les fruits que les Sequestres ont perçus, ne leur appartiennent pas, qu'ils n'en sont que les dépositaires, en attendant l'événement qu'ils

doivent avoir, au lieu que la collation des Bénéfices, ne peut ni ne doit attendre aucun événement, puisque d'un côté le tems en est borné, & que de l'autre, cette collation n'augmentant pas les Biens du Débiteur, ce n'est pas le cas de la réserver pour faire fonds à la distribution.

Ainsi il faut conclure de tout ce que nous venons de dire, que les Sequestres ni les Fermiers judiciaires, ne jouissent pas du droit de présenter aux Bénéfices dépendans des Biens compris dans leurs Baux; car puisque, comme nous l'avons dit, les Fermiers établis par les Propriétaires des Biens, n'ont ce droit que lorsque ces Propriétaires ne l'ont point réservé, il s'en suit à plus forte raison, que les Fermiers judiciaires qui sont des Fermiers établis malgré les Propriétaires, pour les déposséder de la jouissance de leurs Biens, en conséquence de la saisie réelle & générale qui en a été faite, n'ont pas ce droit, & qu'il est réservé de droit au Débiteur saisi.

En effet, M. d'Hericourt, à l'endroit déjà cité, page 120. rapporte un Arrêt du Parlement de Paris, du 11 Mai 1634. qui a jugé que la présentation aux Bénéfices dépendans des Biens saisis, appartient à la Partie saisie & non au Fermier judiciaire; ce qui est conforme à la décision du Chapitre, *cum Bertholdus extra de sentent. & re judic. déjà citée.*

Du reste, ce que nous disons des Sequestres & des Fermiers judiciaires, doit aussi être entendu des Commissaires aux saisies réelles; c'est-à-dire, que comme les Sequestres ni les Fermiers judiciaires ne jouissent point d'aucuns droits honorifiques, le Commissaire aux saisies réelles ne peut pas non plus en jouir, parce que comme l'observent *Dumoulin & Mornac, sur la Loi 48. ff. de contrahend. empt.* les fonctions des uns & des autres, se bornent, *ad custodiam & culturam rei & perceptionem pecuniarum redditus*, & par conséquent le Commissaire aux saisies réelles, en faisant procéder au Bail judiciaire, ne peut pas transporter au Fermier, sur les Biens saisis, plus de droit qu'il n'a, & qui se borne à la seule perception des fruits & des revenus, pendant la durée de son Bail.

Nous avons suffisamment expliqué dans notre Traité, de quelle manière les différentes oppositions aux saisies réelles, doivent être faites par les Créanciers, la forme des Adjudications par décret, & de la mise de possession des Biens vendus, & enfin par quelles voyes les Adjudications par décret, peuvent être attaquées, & le rattachement de décret peut être exercé contre les Adjudicataires, où nous renvoyons le Lecteur.

T A B L E D E S M A T I E R E S

Contenuës dans cet Ouvrage.

A

ABSENS. Si ceux qui sont domiciliés dans différens Bailliages ou Sénéchauffées, sont regardés comme absens. page 300.

S'il n'y a que ceux qui sont hors du Royaume, pour le service du Roi ou de l'Etat, qui jouissent du privilège des absens, pour la prescription de l'action hypothécaire. *ibid. & suiv.*

Actes, de quelle forme doivent être revêtus pour donner hypothèque sur les Biens des Contractans. 24.

Si les Actes passés par des Notaires Apostoliques donnent hypothèque sur les Biens des Parties contractantes. 25.

Si les Actes retenus par des Notaires interdits ou suspendus sont valables. Distinction à cet égard. *ibid. & 26.*

Si les Actes retenus par une personne reconnuë pour être Notaire, quoiqu'el-

le ne le soit pas , sont valables. *ibid.*
 Si lorsque les Actes sont nuls par l'ignorance ou la faute du Notaire, on peut les faire condamner aux dommages & interets des Parties , s'il en est de même des Procureurs , Huissiers & Sergens. 27 & 28.

Si les Héritiers du Notaire qui a passé des Actes nuls , peuvent être poursuivis en dommages & intèrets envers les Parties. *ibid.*

Si les Actes retenus par des Notaires étrangers portent hypothèque sur les Biens situés en France. *ibid.* § 29.

S'il en est de même des Jugemens rendus dans des pays étrangers. 30.

Si les Actes des Notaires pour être valables , doivent être contrôlés , & dans quel délai , suivant les Ordonnances,

35.

Exception pour les Actes retenus par les Notaires de Paris & de Lyon. *ibid.*

Si les Actes des Notaires doivent contenir le nom de celui dans le Registre duquel ils sont transcrits. 36.

Dans quels cas les Minutes des Actes des Notaires doivent être remises au Greffe de la Justice en originaux. 38

& 39.

Exception pour les Actes retenus par les Notaires du Châtelet de Paris , lorsque

L'inscription de faux est poursuivie dans un autre Parlement que celui de Paris.

40.
Par qui les Actes retenus par des Notaires décédés, doivent être expédiés aux Parties, ou compulsés d'autorité de Justice.

42 & 43.
Dans quels cas sont exécutés par provision & pendant procès.

ibid.
Actes sous seing privé, dans quels cas peuvent donner hypothèque sur les Biens des Parties contractantes.

48 & 49.
Si les Actes sous seing privé, reconnus devant le Juge d'Eglise, donnent hypothèque.

50.
Actes sous seing privé, de quelle manière deviennent publics.

ibid. & suiv.
Actes sous seing privé doivent être contrôlés avant de pouvoir être produits en Justice par les Parties.

55.
Exception pour les Lettres de Change.

ibid.
Quels sont les autres Actes sous seing privé qui peuvent être exécutés, sans être contrôlés.

56.
De quel jour les Actes publics donnent hypothèque.

ibid.
De quel jour les Actes sous seing privé, donnent hypothèque contre les héritiers du Débitéur.

57.
Action réelle & action personnelle, dans

- quel tems se prescrit. *Voyez prescription. Action.in factum & præscriptis verbis*, & l'action appellée *Conditio ob causam dati*. Ce que c'est, & en quel cas ont lieu. 312 & 313.
- Action en garantie, combien de tems dure, soit qu'elle soit personnelle ou réelle. *ibid.* & 314.
- Age*, quel âge doivent avoir les Records ou les Témoins, qui assistent aux Actes publics. 392.
- Si l'âge de puberté suffit dans le Ressort du Parlement de Toulouse pour les Témoins, dans les Saisies réelles, & autres Actes. *ibid.*
- Amende* envers le Roi, ou les Seigneurs Justiciers, de quel jour a hypothèque sur les Biens des condamnés. 71.
- Si les dommages & intérêts adjugés à une Partie civile, ont une hypothèque privilégiée à l'amende envers le Roi. 72.
- Antichrese*, ce que c'est. *Voyez engagement*. Si l'antichrese est permise en France, & sous quelles conditions. 114.
- Aveu* d'un Billet ou Promesse sous seing privé, en quelle forme est fait, lors que l'écriture est de la main d'un autre que du Débiteur 50 & 51.
- Aveu ou reconnoissance des écritures sous seing privé, en quelle forme doit

DES MATIERES. v

être fait pour donner hypothèque. 53.
Si l'aveu ou reconnoissance des écrits
privés, peut être fait devant un Secre-
taire du Roi à la Chancellerie. 54. & 55.

B

BAIL judiciaire a lieu dans les Saisies
réelles, & non dans les Saisies des
fruits. Règlement à ce sujet. 444.
Si les Sequestres sont tenus de faire pro-
céder au Bail judiciaire des fruits des
Biens saisis réellement. *ibid.* & 445.
Bâtiment construit dans un fonds hypo-
téqué, est-il sujet à cette hypothèque?
96.

Si un Créancier peut se faire adjuger ce
Bâtiment avec le fonds hypothéqué, en
payant au tiers-possesseur les fraix qu'il
a faits pour la construction de ce Bâti-
ment. 97 & 98.

C

CAUTIONNEMENT pour une obli-
gation nulle, s'il est valable. Distinc-
tion à cet égard. 129 & 130.
Dans quel cas la Caution qui s'est obli-
gée dans un Contrat nul, est tenue de
son propre fait. *ibid.*
Si la Caution qui s'est obligée pour un

Fils de Famille, ou pour un Mineur, est tenué de son fait, & si la restitution du Fils de Famille ou du Mineur la décharge de son cautionnement. 131 & 132.

Caution, si la Caution est subrogée de plein droit au Créancier qu'elle paye sans prendre subrogation. 213 & 214. Dans quel cas la Caution peut obliger le Créancier de lui céder ses actions. *ibid.*

Si lorsque l'une de plusieurs Cautions paye l'entière dette, peut obliger le Créancier à lui céder ses actions contre les autres. *ibid.*

Si les Cautions solidaires sont Cautions entre elles, comme les Coobligés solidaires. Distinction à cet égard. 215 & s. Si la Caution qui paye le Créancier doit stipuler la subrogation avec le Créancier ou avec le Débiteur. 219 & 220.

Cautions, ou Fidéjusseurs, leur étymologie & leur origine. 320.

Quelles sont les personnes qui peuvent se rendre Cautions, & celles qui ne peuvent pas s'en rendre. 321.

Si les Esclaves, les Fils de Famille, les Femmes, & les Filles, les Religieux, les Prêtres, & autres personnes désignées, peuvent se rendre cautions. 322.

Si les Mineurs de 25 ans peuvent cautionner

DES MATIERES. ¶

cautionner & dans quel cas. 323 & 324.
Si les Gentilshommes, les Prélidens &
Conseillers des Cours Souveraines, de
même que les Avocats & Procureurs,
sont reçûs pour Cautions judiciaires.

325.

Si celui qui plaide en sa propre cause
ou pour un autre, peut être tenu de
donner caution de payer le jugé. 326.

Quels sont les Etrangers qui sont tenus
de donner la Caution *judicatum solvi*.

ibid.

Si les Dévolutaires ne peuvent pas être
écoutés qu'ils n'ayent donné caution de
la somme de 500 liv. 327.

Si le Bail de caution est une exception
peremptoire, & si elle peut être pro-
posée en tout tems. *ibid.* & 328.

En quelle forme ce Bail de caution doit
être fait, & la Caution présentée.

ibid.

S'il suffit que la Caution possède des
meubles, ou s'il faut qu'elle possède des
immeubles pour être reçûë. *ibid.*

Si la Caution judiciaire est contestée;
si c'est au Débiteur à prouver qu'elle est
solvable sur la déclaration signifiée de
la part de la Caution. *ibid.* & 329.

Si dans les Jurisdictions Consulaires les
Cautions sont tenues de donner leurs
déclarations. Règlement à ce sujet. *ibid.*

Dans quels cas les Juges qui reçoivent des Cautions insolvables, sont tenus subsidiairement de leur insolvabilité.

330.

Si celui qui a donné une Caution solvable, qui est ensuite devenu insolvable, est tenu d'en donner une autre. Distinction à cet égard des Cautions judiciaires, avec les Cautions conventionnelles.

ibid. § 331.

Si une personne qui recommande une autre par lettre ou verbalement, est regardée comme Caution pour celle qu'elle recommande.

332.

Si la Caution peut être engagée à des conditions plus ou moins onéreuses que celles du Debiteur principal.

333.

Si celui qui a cautionné pour la femme principale doit les intérêts, & les dépens faits contre le Debiteur.

334.

En quoi consiste l'obligation de celui qui a cautionné pour bâtir ou réparer quelque Edifice.

ibid. § 335.

Si la Caution qui s'est engagée de payer tout ce qui peut être dû par le Debiteur, est tenuë des intérêts des sommes dûës, & à compter de quel jour.

ibid.

Si celui qui a cautionné par lettre, de payer tout l'argent qu'un tel prendra d'un autre, est tenu de payer toutes les sommes qui auront été prises en

DES MATIERES. ix

différens tems , de celui qui les a prêtées. *ibid.* § 336.

Si la Caution judiciaire qui s'est obligée de payer le jugé, est tenuë des condamnations prononcées tant par le premier Juge qu'en cause d'appel. Distinction à cet égard. *ibid.*

En quoi consiste l'obligation de la Caution en matiere criminelle. 337.

Dans quel cas la Caution en matiere criminelle est tenuë non-seulement de représenter l'accusé, mais encore de payer le jugé. *ibid.* § 338.

Si un Créancier peut demander une Caution à son Débiteur, après l'acte d'obligation passé. *ibid.*

Si la Caution judiciaire peut être obligée de payer, sans discussion des Biens du principal Débiteur, & s'il en est de même de la Caution conventionnelle.

339 & 340.

En quoi consistent les bénéfices de division & de discussion accordés aux Cautions. *ibid.*

Si les Cautions doivent renoncer expressément à ces deux bénéfices, pour pouvoir être poursuivies solidairement chacune pour le total de la dette. 341.

Dans quel cas les Cautions ne peuvent pas jouir du bénéfice de discussion.

ibid. § 342.

Dans quel tems le bénéfice d'ordre & de discussion doit être proposé par les Cautions qui veulent s'en servir. *ibid.*

§ 343.

Si le bénéfice de discussion est une exception péremptoire ou dilatoire à l'égard de la Caution. *ibid.*

Si les Cautions judiciaires peuvent jouir du bénéfice de division & de discussion, & s'il en est de même des Certificateurs des Cautions. *ibid.* § 344.

Si celui qui s'oblige ou cautionne conjointement avec une Femme, reste seul obligé, le cautionnement de la Femme étant nul. *ibid.*

S'il en est de même du cautionnement du Mineur, comme de celui de la Femme. Distinction à cet égard. 345.

Dans quels cas le Créancier est censé avoir divisé sa dette entre plusieurs Coobligés ou Cautions. *ibid.* § suiv.

S'il en est de même des arrérages d'une Rente constituée par plusieurs Coobligés solidaires, lorsque le Créancier a reçu de l'un d'eux sa portion, est-il censé avoir divisé la rente & ces arrérages ? 348 & 349.

Quelle est l'action que la Caution a contre le principal Débiteur. *ibid.*

Dans quels cas la Caution peut obliger le principal Débiteur à le décharger du

cautionnement. 350.

Comment se règle le tems après lequel la Caution peut obliger le Débiteur de le décharger du cautionnement. *ibid.*

Si la Caution peut obliger le Débiteur de le décharger du cautionnement d'une rente constituée. 351 & 352.

S'il en est de même de la Caution qui s'est engagée de conserver les deniers dotaux de la Femme jusques après la dissolution du mariage. *ibid.*

Si la Caution d'un Tuteur peut demander sa décharge du cautionnement, après dix ans à compter du jour de son obligation. 353.

Si celui qui s'est rendu caution ou garant d'une éviction, peut demander d'être déchargé de son cautionnement. *ibid.*

Si la Caution peut demander sa décharge du cautionnement, lors que le Débiteur dissipe ses Biens, & dans tous les cas où le Débiteur peut se faire décharger de la dette. *ibid.* & 354.

Si la Caution est déchargée de son cautionnement, par la novation de la dette, quoique imparfaite & insuffisante. *ibid.*

Si les exceptions du Débiteur principal, lorsqu'elles sont inhérentes à la chose, peuvent servir à la Caution. 355.

S'il en est de même des exceptions qui sont seulement attachées à la personne du Débiteur principal. *ibid.*

Si la Caution est déchargée de son engagement, dans le cas où elle est devenue héritière du Créancier. *ibid.* § 356.

S'il en est de même dans le cas auquel une même personne succède tant au Débiteur qu'à la Caution. *ibid.*

S'il en est encore de même dans le cas auquel le Débiteur & la Caution sont devenus héritiers du Créancier, & celui-ci héritier de son Débiteur de sa Caution. 357.

Si la Caution peut demander la décharge de son engagement lorsque le tems de son cautionnement a été limité, quoiqu'il se soit passé plus de dix ans de son obligation. *ibid.*

Si la Caution est déchargée de plein droit de son cautionnement, lorsqu'elle a payé la dette pour le Débiteur. *ibid.* § 358.

Si la Caution peut se faire décharger de son engagement lorsque le Débiteur est en demeure de payer après le terme expiré, quoique le Créancier ne demande rien. *ibid.*

En quoi consiste l'action que le Créancier a contre la Caution. *ibid.* § 359.

Si la Caution qui a payé avant le ter-

me , peut demander aussi-tôt son remboursement contre le Débiteur. *ibid.*

Si la Caution peut payer la dette sans avertir le Débiteur. 360.

Si la Caution qui paye la dette mal-à-propos , peut demander son remboursement contre le Débiteur qui pouvoit se dispenser de payer. *ibid.*

Si la Caution qui paye le Créancier acquiert tous ses droits & hypotéques sans prendre de lui cession ni subrogation.

361.

Si l'instance formée contre le Débiteur principal , fait couvrir les intérêts de la dette contre la Caution , & si elle empêche la prescription à l'égard de la Caution. *ibid. & suiv.*

S'il en est de même de la Caution judiciaire à l'égard de la prescription. 363.

Si la Caution qui a payé des intérêts & une partie de la somme , peut demander son remboursement après trente ans. 364.

Dans quels cas une des Cautions qui a payé l'entière dette , peut obliger le Créancier à lui céder ses actions contre les autres. *ibid. & 365.*

Si lors que les Cautions sont solidaires & qu'elles ont renoncé aux bénéfices de division , sont Cautions entre elles.

ibid.

Si la Caution qui a payé l'entière dette au Créancier, sans prendre de lui cession, peut exercer son recours contre le Créancier ou contre le Débiteur. *ibid.*

§ 366.

Jurisprudence du Parlement de Paris & de celui de Toulouse à cet égard. *ibid.*

§ 367.

Dans quel cas de deux Cautions reçues en différens tems, la première ne peut pas se plaindre ni opposer au Créancier qu'il n'est plus en'état de lui céder ses actions. *ibid.*

§ 368.

De combien de manières la Caution peut acquiescer sa décharge. *ibid.*

Si la caution est déchargée par la prescription, de l'obligation du principal Débiteur. 369.

Si la Caution est libérée par la transaction passée entre le Créancier & le Débiteur, ou par la Novation ou par quelque changement fait à la première obligation. *ibid.*

§ suiv.

Si la Caution est déchargée de son obligation par la Novation imparfaite.

371 & 372.

Si le Créancier qui a commencé les poursuites pour son paiement contre le Débiteur, peut ensuite les abandonner pour attaquer la Caution. Distinction à cet égard. 373.

Si la remise d'une partie de la dette faite au Débiteur par le Créancier , profite aux Cautions. 374.

Si les Cautions sont déchargées lorsque le Créancier convertit une dette mobilière en une constitution de rente , ou qu'il prend un immeuble en paiement d'une dette mobilière . *ibid.* & 375.

S'il en est de même du Cessionnaire d'une somme mobilière qui prend du Bien-fonds en paiement , & du Débiteur qui paye son Créancier en Bien-fonds. *ibid.* & 376.

Si les engagements pris par les Cautions , passent à leurs héritiers. *ibid.*

Cession ou transport , ce que c'est. 188.

Si la cession doit être acceptée par le Débiteur délégué , pour avoir son effet , & empêcher que la somme cédée puisse être saisie par les Créanciers du Cedant.

ibid. & *suiv.*

Dans quel cas la cession non acceptée ni signifiée , est valable. 191.

Si le Cessionnaire d'une somme acquiert l'hypothèque de son Cedant , sans subrogation expresse. 195.

Commandement , ce que c'est , & en vertu de quoi doit être fait. 378.

Si le commandement est absolument nécessaire pour la validité d'une saisie quelle qu'elle soit. *ibid.* & 379.

Quel tems dure le Commandement.

ibid.

De l'origine du commandement.

ibid.

§ 380.

Si une Saisie faite sans commandement est nulle.

381. & *suiv.*

Où doit être fait le commandement au Débiteur pour être valable.

385

Si un commandement fait dans la nuit seroit nul.

ibid. 386

Si un commandement & autres Actes judiciaires peuvent être faits à l'entrée de la nuit, & ce qu'on entend par entrée de la nuit.

ibid. & 387.

Commandement doit être fait au domicile du Débiteur, en parlant à sa personne, ou à quelqu'un de ses domestiques.

ibid.

§ 388.

Si le commandement doit être fait au domicile de la demeure du Débiteur & du domicile élu dans le contrat.

ibid.

Où doit être fait le commandement lorsque le Débiteur est décédé, & s'il peut être fait au domicile élu par le défunt, dans le contrat portant dette.

ibid.

Si le Créancier est obligé d'élire domicile dans lieu par le commandement qu'il faut faire à son Débiteur.

389.

Lorsqu'il y a plusieurs Débiteurs obligés, à qui doit être fait le commandement.

ibid.

Si lorsqu'il y a plusieurs Coobligés solidaires, qui ont renoncé au bénéfice de division, le commandement fait à un seul d'eux suffit. 390.

Si le commandement doit être recordé pour être valable. Usage des Cours Souveraines à cet égard. • *ibid.* & 391.

Quel âge doivent avoir les Témoins ou Records qui sont appelés à un commandement. *ibid.* & 392.

Si un seul commandement suffit avant de faire une saisie ou exécution. 393.

Quel est l'intervale qui doit être observé entre le commandement fait & la saisie ou exécution. *ibid.* & *suiv.*

Si lorsque le commandement est nul, la saisie est pareillement nulle. 395.

Si après la mort du Débiteur, il faut faire un nouveau commandement à ses héritiers pour pouvoir saisir. *ibid.* & *suiv.*

Si un commandement est regardé comme un acte judiciaire pour sa durée. 398. & *suiv.*

Si un commandement fait en conséquence des Lettres de rigueur suffit pour faire courir les intérêts. 402.

Si un commandement peut durer autant qu'une assignation. *ibid.*

Si le Commissaire aux saisies réelles doit enregistrer la saisie avant que de faire

proceder au bail judiciaire des Biens faisis , & dans quel tems.	422.
Si le Commisfaire aux saisies réelles & les Sequestres peuvent jouir des droits honorifiques , attachés aux Biens faisis.	<i>ibid.</i>
<i>Compensation</i> , ce que c'est , & quel effet elle produit.	254.
Compensation, pour quel motif a été in- troduite.	255.
Dans quels cas la compensation peut avoir lieu.	<i>ibid.</i>
Quelles sont les sommes qui peuvent en- trer en compensation.	<i>ibid.</i> & 256.
Si l'on peut compenser du bled & du vin avec des fruits d'une autre nature, & des choses corporelles avec des in- corporelles.	258.
Si l'on peut compenser une chose illi- quide avec une dette liquide, & sous quelle condition la compensation peut être faite.	259.
Si les dettes contractées par une obli- gation qui peut être annullée, peuvent entrer en compensation.	260.
Si l'on peut compenser deux sommes dont l'une porte intérêt, & l'autre n'en porte pas.	<i>ibid.</i>
Si la compensation se fait plutôt sur les intérêts que sur le capital des sommes dûës.	261.

Si un Tuteur ou un Procureur fondé peut compenser les sommes qui sont dûës par le Pupille ou par le Constituant, avec les sommes qu'ils doivent de leur chef au Créancier. *ibid.*

Si l'héritier bénéficiaire peut compenser ce qu'il doit avec ce qui est dû à la succession, & s'il en est de même de l'héritier pur & simple. 262.

Si la compensation peut avoir lieu entre le Cessionnaire & le Débiteur du Cedant. *ibid.* & 263.

Si la compensation a lieu dans le cas de la cession des dépens, faite à un Tiers, au préjudice de la Partie, qui a aussi obtenu des dépens. *ibid.*

Si la compensation a lieu à l'égard du tiers-Acquereur, comme à l'égard du Cessionnaire d'une somme. *ibid.* & 264.

Si la compensation peut être demandée, de ce que le Créancier doit à la Caution en particulier, avec ce que le Créancier doit au principal Débiteur. *ibid.*

Si les Débiteurs des charges publiques peuvent demander la compensation de ces charges, avec ce qui leur est dû par le Prince ou par les Préposés à la levée de ces charges. 264 & 265,

Dans quels cas la compensation a lieu avec le Fisc. *ibid.*

Si la compensation a lieu pour ce qui

est dû pour les vivres d'une Armée, & pour ce qui est dû à une Ville pour les droits qu'on exige pour le transport des Marchandises & autres choses. 366.

Si elle a lieu en matiere de dépôt volontaire ou nécessaire & de prêt. *ibid.*

Si elle a lieu en matiere de retrait lignager, ou en matiere de complainte & de réintégrandes. 267 & 268.

Si la compensation a lieu à l'égard des pensions viagères & alimentaires, & des arrérages qui en font dès. *ibid.*

Si elle a lieu en matiere de distribution, lorsque quelqu'un devient débiteur & créancier du Saïsi avant l'instance des criées. 269.

Si la compensation de ce que le Créancier doit à un Tiers, autre que son Débiteur a lieu, lorsque le Débiteur rapporte la cession de ce Tiers. *ibid.*

§ 270.

Si le Cessionnaire d'une somme peut compenser l'entière somme cédée avec ce qui est dû au Créancier. Distinction à cet égard. *ibid.*

Si le Juge peut compenser d'office les dettes reciproques des Parties sur leurs demandes respectives. *ibid.* § 271.

Si la compensation peut être opposée en tout état de cause, comme étant une exception péremptoire. *ibid.*

Coobligés solidaires , dans quel cas sont
Cautions entre eux. 215.

Dans quels cas l'un des *Coobligés* soli-
daires , qui a payé l'entiere dette , peut
agir solidairement contre chacun des
autres , pour le tout , sa portion dédui-
re. Distinction à cet égard. *ibid.*

Dans quel cas l'un des *Coobligés* ne
contribue pas au payement de la por-
tion de celui d'entre eux qui est insolva-
ble. *ibid.*

Contrats. Quels sont les Contrats qui don-
nent hypothèque. 1.

De l'origine des Contrats , & en quelle
forme étoient faits dans les premiers
siècles. 2 & 3.

De la forme des Contrats. *Voyez Ac-
tes*. Contrats pignoratifs , ce que c'est.
113.

Quelles sont les clauses qui caractéri-
sent les Contrats pignoratifs. *ibid.*

Controlle des actes , où doit être fait , &
dans quel délai. 35.

Controlle , quels sont les actes qui sont
exempts du *Controlle*. *ibid.*

Si les actes qui ne sont pas contrôlés
dans le tems prescrit , peuvent porter
hypothèque. 36.

Si le *Controlle* donne hypothèque aux
actes , sous signature privée , & s'il leur
donne une date certaine. 57.

- Si les actes retenus par les Notaires de Paris, donnent hypothèque sur les Biens situés dans les Pays où le Contrôle est nécessaire pour la validité des actes. 59.
- Créanciers cédulaires*, qui ont fait reconnoître leurs cédules ou promesses privées, dans quel cas sont payés par contribution, au sol la livre. 58.
- Si les Créanciers postérieurs sont tenus de payer les Créanciers antérieurs pour conserver leurs hypothèques. 176.
- Si les Créanciers sous condition peuvent faire valoir leurs hypothèques avant que la condition soit arrivée. 177.
- Si les Créanciers auxquels plusieurs choses ont été hypothéquées pour une somme, peuvent exercer leurs hypothèques sur celle qu'ils jugent à propos. *ibid.*
- Si le Créancier qui a reçu un fonds en paiement, & qui en est évincé, est tenu de rapporter ce qu'il a reçu. 178.
- Créanciers*. Quelle est la préférence qu'ils ont entre eux dans la discussion des Biens de leur Débiteur. 405.
- Quels sont les avantages que les Créanciers ont les uns sur les autres, & si la saisie réelle donne un privilège au Saisissant. 406.
- Si les Créanciers, premiers Saisissans les meubles de leur Débiteur, sont préférés aux derniers Saisissans. 407.

DES MATIERES. xxiiij

Si le Créancier premier Saisissant est tenu dans aucun cas de représenter le prix des meubles de son Débiteur, après la vente faite, & avoir reçu leur paiement. 408.

Si le Créancier premier Saisissant les fruits des Biens de son Débiteur, est préféré aux autres, comme dans la Saïsie des meubles. 409.

S'il en est de même de l'arrestation des sommes dûes au Débiteur. 411.

D

DÉLÉGATION, si elle a besoin d'être signifiée pour avoir son effet. 191.

Différence entre la cession & la délégation pour leur effet. *ibid.*

Délégation, en quel cas a lieu. 192.

Si celui qui délègue est tenu à la garantie envers celui qui l'a acceptée. *ibid.*

De quelle manière le Créancier qui accepte la délégation, peut conserver ses hypothèques sur son ancien Débiteur. 193.

Seconde & troisième différence entre la cession & la délégation. *ibid.*

Combien de personnes entrent dans la délégation. *ibid.* & 194.

Dénonce. Si la simple dénonce d'hypothèque faite à l'Acquereur après son acquisition, interrompt la prescription. 318.

Si cette dénonce doit être suivie d'une assignation en déclaration d'hypothèque.

319.

Dépens, en matière civile & criminelle, de quel jour ont hypothèque sur les Biens des Condamnés.

70 & 71.

Quelles sont les dépenses & améliorations qu'on passe à un Possesseur de mauvaise foi, & celles qu'on rejette.

99.

Discussion, ce que c'est, soit à l'égard des Cautions ou des tiers-Détempteurs.

403.

Discussion, comment ce bénéfice a été établi & par quelles Loix. *ibid.* § 404.

Si ce bénéfice est de droit commun & s'il est admis par tout.

ibid.

Quelles sont les Coûtumes qui l'admettent, & celles qui le rejettent.

405.

Si la discussion a lieu contre le Débiteur des arrérages d'une rente foncière.

406.

De quelle manière la discussion doit être faite par le Créancier, & de quels Biens.

ibid.

Si la discussion a lieu dans les Coûtumes qui n'en parlent pas.

407.

Quelle Coûtume doit-on suivre pour la discussion; ou celle où les Biens sont situés, ou celle du domicile du Débiteur ou des tiers-Acquereurs?

408.

Dans quels cas les tiers-Acquereurs peu-

vent opposer la discussion. *ibid.*

Si la discussion a lieu dans le cas de l'hypothèque spéciale, comme dans le cas de l'hypothèque générale. 409.

Si le droit de demander la discussion des Biens du Débiteur est personnel aux tiers-Acquereurs, tant contre le Débiteur que contre ses Créanciers. *ibid.* & 410.

Si la discussion peut être suppléée par le Juge, au cas les tiers-Acquereurs & Détenteurs ne l'opposent pas. *ibid.*

Quelles sont les personnes dont les Biens sont sujets à la discussion des Créanciers. *ibid.* & 4.

Si on peut discuter les Biens du Débiteur décédé, sur la tête de ses héritiers, & dans quel cas les Biens propres des héritiers doivent être discutés. 411.

Si on peut faire saisir les choses léguées entre les mains des Légataires, sans avoir plutôt discuté l'héritier. 412.

Si les Légataires peuvent comme les tiers-Acquereurs, opposer aux Créanciers le bénéfice de discussion. 413.

Si les Légitimaires ont le même droit d'opposer aux Créanciers ce bénéfice.

414.

Si les Coobligés solidaires peuvent opposer ce bénéfice, lorsqu'ils n'y ont pas renoncé expressement dans l'obli-

gation. *ibid.*

Dans quels cas le tiers-Acquereur doit opposer le bénéfice de discussion & en quelle forme. 415.

Si le tiers-Acquereur peut opposer la discussion en tout état de cause. *ibid.*

S'il peut l'opposer dans le cas de l'hypothèque générale & spéciale. 416.

Si le Créancier est tenu à la discussion dans le cas de l'hypothèque générale simple. 417.

Quelle est la clause ordinaire des Contrats, qui fait cesser la nécessité de la discussion de l'héritage hypothéqué. *ibid.*

Si cette clause peut porter aucun préjudice aux tiers-Acquereurs & Détenteurs. 418.

Si la discussion a lieu dans le cas du précaire réservé sur le fonds vendu. *ibid.*

§ 419.

Si les tiers-Acquereurs sont garands de l'indication qu'ils font des Biens extans du Débiteur, & s'ils sont tenus de consigner une somme pour les fraix de cette indication, & pour quoi. *ibid.*

Quels sont les Biens qui sont sujets à la discussion des Créanciers. 420 & 421.

Si les Offices dont les Débiteurs sont pourvûs, sont sujets à la discussion. *ibid.*

Si les meubles des Mineurs doivent être

DES MATIERES. xxvii

discutés , avant que de pouvoir saisir leurs immeubles. *ibid.*

Quel est l'usage du Parlement de Rouen à cet égard. *ibid.*

Si les Détenteurs des Biens engagés peuvent apposer la discussion. 422.

Si le tiers-Acquereur peut faire l'indication des Biens du Débiteur , dont la discussion est demandée les uns après les autres , & en plusieurs fois. 423.

Si les Créanciers sont tenus de discuter les Biens de leur Debiteur , situés hors du Royaume , & ce qu'on entend par Pays étranger à cet égard. *ibid.* & 424.

Si la Principauté de Dombes & le Comtat d'Avignon , sont regardés comme de Souverainetés étrangères. *ibid.*

Quels sont les Parlemens qui ont restreint la discussion aux Biens seulement qui sont situés dans leur Ressort. *ibid.*

& 425.

Si le bénéfice de discussion est une exception péremptoire ou dilatoire. *ibid.*

& 426.

Dans quel tems les exceptions péremptoires & dilatoires doivent être proposées. *ibid.*

Si les tiers-Acquereurs qui ont acquis les premiers , peuvent faire rejeter la saisie sur ceux qui ont acquis après eux , & obliger le Créancier à les discuter.

ibid. & 427.

Quel est l'usage des Cours du Royaume à cet égard. *ibid.* § 428.

Si le bénéfice de discussion peut être opposé contre le Fils, soit lors qu'il est Créancier du discuté, soit lorsqu'il a pris les Biens confisqués sur le Débitéur.

429.

Discussion en matière de cessions & transports des dettes, ce que c'est, & en quel cas a lieu, soit que le Créancier ait stipulé de garantie ou non contre le Cédant. *ibid.* § 430.

Dommages & intérêts. Si les Notaires à raison des Actes nuls, peuvent être condamnés aux dommages & intérêts des Parties.

27.

Dans quels cas les Procureurs, Huissiers & Sergens, peuvent être condamnés aux dommages & intérêts des Parties.

ibid. § 28.

De quel jour les dommages & intérêts dûs pour réparation des crimes, ont hypothèque sur les Biens des condamnés.

71 & 72.

De quel jour les dommages & intérêts dûs pour raison d'un crime grave, ont hypothèque sur les Biens du Condamné.

ibid.

Dommages & intérêts en matière civile, de quel jour ont hypothèque sur le condamné. Distinction à cet égard. 3.

Domages & intérêts stipulés dans un Contrat de vente d'un fonds, de quel jour ont une hypothèque acquise sur les Biens du Vendeur. 74.

Donations que font les femmes de leurs Biens ou d'une partie, en faveur de leurs enfans, comprend, tant les Biens dotaux que les paraphernaux. 142.

Si les donations que font les femmes en faveur de leurs Collatéraux, sont valables. *ibid.*

Dot. Dans quels cas le fonds dotal peut être aliéné pendant le mariage, soit que le Mari y consente ou non. 144.

Dans quel cas le fonds dotal baillé au Mari en estimation, appartient au Mari en propre, comme s'il l'avoit acquis de ses deniers. 145.

Si le fonds dotal estimé, pris par le Mari, peut être repris par la Femme, dans le cas de l'insolvabilité du mari, & dans quelles circonstances. *ibid.*

Dans quel cas les Créanciers du Mari ont le choix de payer la Dot à la Femme & de retenir le fonds dotal dans la distribution des Biens du Mari. 146.

Si les Créanciers du Pere & de la Mere de la Femme, à qui le fonds a été constitué, peuvent faire décréter le fonds, sur la tête du Pere & de la Mere. *ibid.*

Dans quel cas le fonds dotal commun

- & indivis entre plusieurs Femmes peut être luité. 147.
- Si le fonds dotal peut être aliéné & hypothéqué, tant par le Mari que par la Femme, & dans quels cas. *ibid.*
- Si la donation à cause des Noces & le Douaire, peuvent être aliénés. 148.
- Si les sommes dotales peuvent être aliénées & hypothéquées par le Mari, sans le consentement de la Femme 149.
- Si la Femme peut céder, ou traiter des sommes dotales sans le consentement du Mari. *ibid.*
- Si la prohibition d'aliéner le fonds dotal, comprend la prohibition de l'assujettir à des servitudes ou de laisser perdre celles qui sont dûes au fonds. *ibid.*
- Si le fonds dotal vendu, peut être revendiqué d'entre les mains des Acquéreurs, tant par la Femme que par le Mari. Distinction à cet égard. 150.
- Dans quels cas l'Acquéreur du fonds dotal peut demander, outre la restitution du prix d'icelui, des dommages & intérêts, à raison de l'éviction. *ibid.* § 151.
- Si la Femme qui a vendu le fonds dotal conjointement avec son Mari, peut elle-même attaquer cette vente pendant la vie du Mari. *ibid.*
- Quels sont les cas auxquels la Femme ne peut pas après la mort de son Mari, revendiquer

vendiquer le fonds dotal qu'ils avoient
vendu conjointement. 152.

E

ECHANGE. Si l'échange d'un fonds spécialement hypothéqué avec un autre, fait passer cette hypothèque sur le fonds pris en contr'échange. 100.

De quelle maniere le propriétaire du fonds baillé en contr'échange, peut en demander la distraction dans la Saisie réelle des Biens du Propriétaire du fonds baillé en échange. 101.

Si l'hypothèque générale comprend les fonds baillés en contr'échange, & si le Créancier est en droit de les faire saisir. *ibid.*

Engagement, ce que c'est, & en quoi diffère du gage. 111.

Si l'on peut bailler en engagement les immeubles pour la sûreté de la dette du Créancier. *ibid.*

Engagement, quel effet produit en faveur du Créancier qui est en possession des Biens engagés. *ibid.*

Si le Créancier qui a pris le fonds en engagement, peut par aucun espace de tems en prescrire la propriété. 112.

Engagement & anticrèse, en quoi différent. *ibid.*

Dans quels cas l'Engagiste est tenu d'imputer les fruits des Biens baillés en engagement sur le capital, en ce qu'ils excèdent l'intérêt légitime du fonds.

ibid.

Engagement, dans quel cas se convertit en Contrat pignoratif.

113.

Quelles sont les marques qui désignent un Contrat pignoratif.

ibid. & 114.

Si le Débiteur est toujours reçu à retirer les Biens baillés en engagement, en remboursant le prix, quelque convention contraire qui ait été faite.

115 & 116.

Si le Créancier peut faire vendre le fonds engagé, faute de paiement du prix sans le consentement du Débiteur.

ibid.

Engagiste, s'il acquiert l'hypotèque pour les sommes qu'il paye aux Créanciers du Bailleur en engagement, sans prendre d'eux la subrogation.

196.

Exceptions à cet égard pour l'Acheteur d'un fonds, qui paye les Créanciers, & pour le Cessionnaire d'une somme qui acquierent l'hypotèque sans subrogation.

ibid.

F

FEMMES qui sont en communauté ou sous la puissance de leurs Maris, peuvent hypothéquer leurs Biens sans en

DES MATIERES. xxxiiij

être autorisées. Exception pour les Femmes qui font un Commerce. 132.

Dans quels Pays l'obligation des Femmes mariées est valable. 133.

Dans quels cas les Femmes mariées peuvent s'obliger & hypothéquer leurs Biens valablement, sans être autorisées de leurs Maris. *ibid.* & 134

Quels sont les Biens dont les Femmes mariées en Pays du Droit Ecrit, peuvent disposer, & les hypothéquer sans le consentement de leurs Maris. 135.

Distinction à cet égard des Biens dotaux d'avec les Biens paraphernaux, en Pays du Droit Ecrit. 136.

Dans quels cas les Femmes peuvent hypothéquer leurs Biens dotaux, sans le consentement de leurs Maris. 137 & 138.

Si dans la Coûtume de Toulouse, les Femmes peuvent hypothéquer leurs Biens dotaux pendant la vie de leurs Maris

139.

Dans quels cas les Femmes peuvent s'obliger valablement pour autrui, & hypothéquer leurs Biens dotaux. *ibid.*

Si les Femmes peuvent obliger leurs Biens dotaux, pour tirer leurs Maris de prison. *ibid.* & 140.

En quelle forme les Femmes peuvent emprunter & hypothéquer leurs Biens

dotaux, pour tirer leurs Maris de prison. *ibid.*

Si les Femmes peuvent pendant le mariage disposer de leurs Dots en faveur d'un de leurs enfans. *ibid.* § 141.

Exception pour la Coûtume de Toulouze à cet égard. *ibid.*

Si les Femmes peuvent disposer d'une somme d'argent en faveur de leurs enfans, conjointement avec leurs Maris.

143.

Si une Femme qui auroit fait cette disposition, pourroit se faire restituer par le Velleyen, pour la portion de son Mari, devenu insolvable. *ibid.*

Si les Fils de Famille peuvent renoncer valablement au bénéfice du Macedonien, meme dans les Pays Coûtumiers.

158. & 159.

Si les Fils de Famille peuvent s'obliger & hypothéquer leurs Biens par toute sorte de Contrats. Exception pour le prêt.

118 & 119.

Si les Fils de Famille peuvent s'obliger & cautionner pour leur Pere, & meme pour les Etrangers, sans espoir de restitution. *ibid.*

Si les Fils de Famille peuvent vendre & aliener valablement leurs Biens sans le consentement de leur Pere. *ibid.* § 120.

Si les Fils de Famille peuvent vendre les

DES MATIERES. xxxv

Biens que leur Pere leur ont donné en les mariant, & dont ils se font réservés l'usufruit. *ibid.*

Si les Furieux & les Insensés, les Prodiges & les Interdits peuvent hypothéquer leurs Biens valablement. 128.

G

GAGE & Hypothèque, ce que c'est, & en quoi ces deux Contrats diffèrent entre eux. 91 & 111.

Gage, quel avantage procure au Créancier qui a prêté de l'argent. *ibid.*

Gage, dans quel cas peut être vendu par le Créancier, faute de paiement, sans le consentement du Débiteur. 115 & 178.

Si l'on peut stipuler qu'en défaut de paiement de la dette, le Gage demeurera acquis au Créancier. 179.

Si l'on peut aussi stipuler qu'en défaut de paiement de la dette, dans un certain tems, le Gage demeurera vendu au Créancier, pour le prix qu'ils ont convenu entre eux. *ibid.*

Garantie, dans quels cas les Cohéritiers doivent se garantir leurs Lots. 77 & 78.

Dans quels cas le Créancier qui subroge un Etranger, est garant de la subrogation. 229 & 233.

Dans quel cas le Cedant est garant de la cession.	235 & 236.
Si les tiers-Acquereurs, sont garans de l'indication qu'ils font des autres Biens de leur Débiteur.	419.

H

H YPOTÉQUE, ce que c'est ; si elle est du droit des Gens, & si elle dépend de la convention des Parties.	13 & 14.
Hypotéque, en quoi diffère du gage, par le Droit François & par le Droit R.	47 & 48.
De quelle maniere s'acquiert l'hypotéque par un acte public.	<i>ibid.</i>
Dans quel cas un acte sous feing privé peut donner hypothéque aux Parties.	49.
Si l'on peut acq uerir une hypothéque en vertu du protest fait sur une Lettre de Change. Usage à cet égard.	51 & <i>suiv.</i>
Si l'on peut acquerir une hypothéque en vertu d'une Sentence ou jugement rendu sur des Billets, Lettres de Change & autres promesses privées avant l'expiration du terme.	54.
De combien de manieres se contracte l'hypotéque.	60.
De quel jour l'hypotéque est acquise en vertu d'une Sentence, Jugement ou Arrêt.	<i>ibid.</i>

DES MATIERES. xxxvij

Si l'hypothèque acquise au Créancier, en vertu d'une Sentence d'un Juge de Seigneur, s'étend sur tous les Biens du Débiteur, quoique situés dans d'autres Jurisdiccions. 61.

Si une Sentence renduë par un Juge incompetent, donne hypothèque du jour de sa date. 62.

Si les Sentences rendues par les Juges extraordinaires & de privilèges, donnent hypothèque du jour de leur date. *ibid.*

Exception pour les Sentences renduës par les Juges d'Eglise, & si les Juges d'Eglise peuvent connoître des matières réelles ou mixtes. 63 & 64.

De quel jour les Jugemens rendus par les Juges des Souverains Etrangers, donnent hypothèque sur les Biens des Français, situés en France 65.

Hypothèque, de combien d'espèces elle est. 74.

Hypothèque expresse & conventionnelle, ce que c'est, & quel effet produit. 75.

Hypothèque tacite, comment se contracte, & quel effet produit. *ibid.*

De quel jour les Pupilles ont une hypothèque tacite sur les Biens de leurs Tuteurs, pour le reliqua du compte. 76.

Si en est de l'hypothèque tacite des Prodiges, des Furieux & Imbeciles, sur

les Biens de leur Curateur, comme de celle des Pupilles, sur les Biens de leur Tuteur. *ibid.*

De quel jour se contracte l'hypothèque tacite des enfans, sur les Biens de leur Mere Tutrice, & qui convole à des secondes noces, sans leur faire pourvoir de Tuteur. 77.

De quel jour le Roi a une hypothèque tacite sur les Biens des Comptables, Receveurs, Fermiers & autres Administrateurs. *ibid.*

Dans quel's cas les Lots des Cohéritiers sont tacitement hypothéqués pour la garantie qu'ils se doivent l'un à l'autre. *ibid.* § 78.

De quel jour les Légataires ont une hypothèque tacite sur les Biens du Défunt, pour la délivrance de leurs Legs. *ibid.*
Si l'hypothèque des Légataires est solidaire contre chacun des héritiers du Testateur. 79.

Si les Propriétaires d'un héritage acquierent une hypothèque tacite sur les Biens de l'Usufruitier, pour les réparations qu'il a faites des dégradations causées par cet Usufruitier, aux Biens dont il avoit l'usufruit, & de quel jour. *ibid.*

De quel jour l'Eglise a une hypothèque tacite sur les Biens des Prélats, & autres Bénéficiers, pour leur mauvaise

gestion, & pour les dégradations par eux causées aux Biens & Maisons dépendantes de leurs bénéfices. 80.

Si les Hôpitaux & Communautés ont la même hypothèque sur les Biens de leurs Syndics & Administrateurs. *ibid.*

Hypothèque générale, en quoi diffère de l'hypothèque spéciale. 81.

Si l'hypothèque générale comprend non-seulement les Biens dont le Débiteur est actuellement possesseur, mais encore ceux qu'il peut acquérir à l'avenir. 82.

Si un Débiteur peut hypothéquer spécialement les mêmes Biens à plusieurs Créanciers en divers tems, sans tomber dans le crime de Stellionat. *ibid.*

Dans quels cas l'hypothèque spéciale donne plus de droit au Créancier que l'hypothèque générale 83.

Hypothèque spéciale, de combien d'espèces est composée. 84.

Si lorsque l'hypothèque générale est jointe à l'hypothèque spéciale, le Créancier qui a stipulé l'une & l'autre hypothèque est obligé de discuter les Biens qui lui sont spécialement hypothéqués avant que de pouvoir agir sur les Biens aliénés.

ibid.

Hypothèque simple, & hypothèque privilégiée, ce que c'est, & quel avantage donnent aux Créanciers. 85.

Hypotéque judiciaire, ce que c'est, & comment s'acquiert. 86.r

Hypotéque subsidiaire, en quel cas a lieu en faveur des Femmes, pour la répétition de leurs Biens dotaux, sur les Biens substitués ou chargés de Fidéicommiss.

ibid. § 87.

Si cette hypotéque subsidiaire a lieu, tant pour le capital que pour les intérêts de la Dot, de même que pour le capital & intérêts de l'augment de Dot *ibid.*

Hypotéque subsidiaire; d'où prend son origine. *ibid.*

Si cette hypotéque a lieu en faveur des Femmes du premier, du second & du troisième héritier. 88.

Si cette hypotéque a lieu pour le préciput, la donation des Bagues & Joyaux, & pour toute autre libéralité du Mari, faite en faveur de la Femme. *ibid.*

Si l'hypotéque de la Femme, pour sa Dot, passe à ses héritiers étrangers, & de quel jour cette hypotéque a lieu.

433.

Quelles sont les sommes qui ont une hypotéque privilégiée à la Dot de la Femme. 434.

Si la Belle-fille pour sa Dot, est toujours préférée aux légitimes des autres enfans de son Beau-pere. *ibid.* § 435.

Si l'on peut hypothéquer toute sorte des

biens-meubles & immeubles. 90.

Si un Ufuitier ou un Engagiste peut hypothéquer le fonds dont il jouit. 94.

Si l'Acquereur d'un fonds peut hypothéquer le fonds pendant l'an du retrait. *ibid.*

Si l'on peut hypothéquer par une hypothèque générale, les Biens qu'on n'a pas encore acquis. 95.

Si l'obligation générale comprend tous les Biens à venir de l'Obligé. *ibid.*

S'il en est de même, lorsque l'hypothèque est restreinte à certains Biens, ou qu'un héritage se trouve augmenté par alluvion. 96.

Si un bâtiment construit dans un fonds hypothéqué, est sujet à l'hypothèque. *ibid.*

Si l'hypothèque subsiste sur un bâtiment qui vient à périr par incendie ou qui tombe en ruine. *ibid.* & 97.

Si l'hypothèque se conserve sur un fonds quoi qu'on lui ait changé de culture ou de face. *ibid.*

Dans quels cas l'hypothèque comprend non-seulement le fonds, mais encore les fruits du fonds hypothéqué. 99.

S'il en est de même d'un fonds acquis du prix des fruits sujets à l'hypothèque. *ibid.* & 100.

Si dans l'hypothèque générale des biens du Débiteur, le fonds acquis du prix des fruits seroit compris. *ibid.*

Si dans l'échange d'un fonds spécialement hypothéqué avec un autre, le fonds baillé en contr'échange seroit sujet à l'hypothèque du Créancier. *ibid.*

Si les changemens arrivés sur le fonds hypothéqué, peuvent le décharger de cette hypothèque. 101.

Si l'hypothèque générale de tous les Biens du Débiteur, comprend le fonds baillé en contr'échange. Distinction à cet égard. *ibid.*

Lorsqu'un Débiteur a hypothéqué le même fonds à deux Créanciers par le même Contrat, de quelle maniere ces deux Créanciers peuvent se procurer leur paiement. 102.

Si dans le cas que l'un des Créanciers auroit pris possession du fonds hypothéqué, cette possession lui donneroit la préférence sur l'autre. *ibid.* & 103.

De quelle maniere l'hypothèque sur un fonds possédé par indivis ou en commun, par des Associés ou des Cohéritiers a lieu, & se divise entre eux. 104.

Si l'hypothèque acquise sur la tête du Défunt, est indivise sur tous ses héritiers après le partage de la succession. *ibid.*

& 105.

S'il en est de même lorsqu'il y a plusieurs héritiers du Créancier, & que l'un d'eux reçoit la portion du Débiteur.

ibid. & 106.

DES MATIERES. xliij

De quelle maniere l'hypothèque acquise sur deux différens héritages, devient indivise entre ces deux héritages. *ibid.*

§ 107.

Si l'on peut hypothéquer le bien d'autrui, soit que le Propriétaire y consente ou non. *ibid.*

Si l'on peut hypothéquer les Biens substitués ou chargés de Fidécimmis. *ibid.*

§ 108.

Si l'on peut hypothéquer son bien pour les dettes d'autrui. *ibid.*

Si l'on peut hypothéquer les choses incorporelles, comme les actions & autres droits. *ibid.*

Quelles sont les choses corporelles qu'on ne peut point hypothéquer. 109.

Si l'on peut hypothéquer une obligation pour le payement de ce qui est dû 110.

Si l'on peut hypothéquer les servitudes. *ibid.*

Quelles sont les personnes qui peuvent hypothéquer leurs Biens, & celles qui ne le peuvent pas. 118.

Hypothèque en général, quel effet produit en faveur des Créanciers hypothécaires. 170 & 171.

De quel tems & de quel jour se compte la priorité de l'hypothèque. 172. & *suiv.*

Quel droit donne l'hypothèque au Créancier sur les Biens qui lui sont hypothé-

- qués. 174 & 175.
 Si les Créanciers peuvent exercer leurs hypothèques avant que le terme de leurs obligations soit échu. 176.
 Quel est l'effet de l'hypothèque, lorsque le prix de la vente du fonds ne suffit pas pour payer le capital de la dette. 178.
 Quel est l'effet de l'hypothèque à l'égard des meubles baillés en gage au Créancier pour la sûreté de sa dette. *ibid.*
 De combien de manières l'hypothèque finit & s'éteint en faveur du Débiteur. 242.
 Par qui le payement de la dette peut être fait pour l'extinction de l'hypothèque. *ibid.* § 243.
 Si le payement fait malgré le Débiteur est valable à l'effet d'éteindre l'hypothèque. Distinction à cet égard. *Voyez payement.*
 Si l'hypothèque est éteinte par tout ce qui équipolle & qui tient lieu de payement. 253.
 Si l'hypothèque est éteinte par la compensation. *Voyez Compensation.*
 Si l'hypothèque s'éteint par la Novation de l'obligation. *Voyez Novation.*
 Si l'hypothèque est éteinte lorsque le fonds hypothéqué cesse d'être dans le Commerce, ou qu'il est emporté par un débordement de Rivière, ou qu'il est

dénaturé par quelque autre accident.

276 & 277.

Si l'hypotéque est éteinte par la confusion des droits & de quelle maniere se fait cette confusion. *ibid.* § 278.

Si l'hypotéque est éteinte par le droit de retour des Biens donnés, ou par la révocation de la donation par survenance d'enfans, ou autrement. 280. § f.

Si l'hypotéque sur un fonds se perd par l'éviction, ou par le rachat ou par le retrait lignager exercé sur ce fonds.

285.

Si l'hypotéque est éteinte par la renonciation expresse ou tacite du Créancier.

286.

Si l'hypotéque prend fin par le consentement du Créancier à l'aliénation & à la donation de la chose hypothéquée.

ibid.

Si le Créancier qui a signé le Contrat de vente de la chose hypothéquée, est censé avoir renoncé à son hypothèque. 287 &

288.

Si le Notaire qui a retenu le Contrat de vente sans protester, est censé avoir renoncé à son hypothèque. 290 & 291.

Si les parens qui assistent au Contrat de mariage de leur parent qui est leur Débiteur, & qui l'ont signé sans protestation, sont censés avoir renoncé à l'hy-

potéque qu'ils avoient sur les Biens de leur Débiteur. *ibid.* & 292.

Si l'hypotéque est éteinte par la convention faite par le Créancier, & le Débiteur, qu'au lieu de l'hypotéque, le Débiteur lui bailleroit une Caution. *ibid.*

Si l'hypotéque prend fin par l'adjudication par décret des Biens hypothéqués, lorsque le Créancier n'a point formé son opposition à la saisie réelle. *ibid.* & 293.

Si l'hypotéque se perd par la prescription. *Voyez Prescription.*

Héritiers, dans quel cas l'action des Créanciers est solidaire contre chacun d'eux, soit que l'hérédité soit partagée ou non. 211.

Si dans le cas qu'un seul héritier paye l'entière dette de la succession, il doit prendre la subrogation du Créancier pour pouvoir répéter contre ses Cohéritiers, la portion d'un chacun. 212.

S'il en est de même de l'héritier par bénéfice d'Inventaire, qui paye une dette de l'hérédité. *ibid.*

I

INDICATION, dans quels cas les tiers-Acquereurs sont tenus d'indiquer les Biens extans du Débiteur, & de con-

figner les fraix de cette indication. 419.

Si les tiers-Acquereurs sont tenus de faire cette indication à leurs périls, risques & fortunes. 421.

S'ils sont tenus d'indiquer tout à la fois les Biens du Débitur, ou les uns après les autres, à mesure que les Biens indiqués sont insuffisans pour le payement de la dette. 422 & 423.

Intérêts adjudgés par Jugement ou Sentence, de quel jour sont dûs, & l'hypothèque acquise sur les Biens du Débitur.

66.

Si les intérêts d'une somme, peuvent être adjudgés, sans qu'ils ayent été demandés par le Créancier. 67.

Exception pour les pays où les intérêts sont dûs des sommes capitales sans aucune demande en Justice. *ibid.*

De quelle maniere les intérêts sont adjudgés dans les Provinces du Dauphiné & autres. 68.

Intérêts, de quelle maniere sont adjudgés au Parlement de Grenoble, de Toulouse, de Paris & autres. *ibid.*

Si dans les pays du Droit Ecrit, les intérêts peuvent excéder le capital d'où ils proviennent. Exception pour les intérêts dûs de leur nature, ou par le bénéfice de la Loi. *ibid.* & 69.

Intérêts, doivent être réglés suivant

les taux de la coûtume où ils sont dûs,
ibid.

Jugemens rendus par des Juges Etrangers, s'ils peuvent être exécutés sur les Biens situés en France, sans la permission du Juge des lieux où l'exécution doit être faite. 30.

Si ces Jugemens peuvent être exécutés en vertu d'un Paréatis du grand Sceau, ou des Lettres Patentes obtenues à cet effet de sa Majesté. *ibid.* & 31.

Si les Jugemens rendus par des Juges des Souverains Etrangers, de quel jour donnent hypothèque en France. 65.

Exception à l'égard des Jugemens rendus par les Juges des Colonies Françoises, & qui sont sous la domination du Roi de France. *ibid.*

Juges d'Eglise, s'ils peuvent connoître des matières réelles ou mixtes, entre Ecclésiastiques ou Laïques. 62.

Si les Juges d'Eglise peuvent donner des Citations devant eux, en conséquence des Ecritures sous seing privé. 64.

L

JEGATAIRES, dans quels cas ont une hypothèque tacite sur les Biens du Défunt, pour la délivrance de leurs Legs. 78.

DES MATIERES. xlix

- Si cette hypothèque tacite est solidaire
contre chacun des héritiers. 79.
Lors des héritiers, dans quels cas sont
tacitement hypothéqués pour la garantie
qu'ils se doivent entre eux. 77 & 78.

M

MACEDONIEN, s'il est personnel
aux Fils de Famille. 168.

Si les héritiers des Fils de Famille peu-
vent se servir du Macédonien, lorsque
les Fils de Famille ont témoigné de leur
vivant ne vouloir point s'en servir.

ibid.

Si le Macédonien peut être opposé après
la Sentence de condamnation. 169.

Mari, s'il peut aliéner ou hypothéquer les
Biens dotaux de sa Femme, pour des
causes nécessaires, sans le consentement
de sa Femme. 144.

Meubles, s'ils peuvent être suivis par hy-
potèque. 90.

Si le Créancier qui a en main un meuble
de son Débiteur, pour la sûreté de sa
dette, peut être forcé de le rendre avant
que d'être payé de ce qui lui est dû. 91.

Distinction à cet égard des pays Coustu-
miers avec les pays du Droit écrit. *ibid.*

§ 92.

Dans quels cas les meubles sont suscep-

T A B L E

tibles d'hypothèque. *ibid.*

Si les Rentes constituées à prix d'argent ou volantes, peuvent être hypothéquées comme meubles. Distinction à cet égard. *ibid.*

Mineurs, s'ils peuvent hypothéquer leurs Biens valablement. 121 & 122.

Si les Mineurs peuvent se faire restituer envers toute sorte d'obligations. Exception pour les Mineurs Négocians. *ibid.*
 § 123.

Si les Mineurs sont réputés majeurs pour raison des Bénéfices dont ils sont pourvus, & pour fait de rélignation de leurs Bénéfices. 124.

Mineurs, s'ils sont aussi réputés majeurs pour raison des fonctions de leurs offices, & de la profession d'Avocat. *ibid.*

De quel jour le tems de la restitution de Mineurs envers les Contrats, par lesquels ils sont lésés, court contre eux. 125.

Dans quel cas la ratification d'un Acte faite par un Mineur, donne un effet retroactif au jour de sa date. *ibid.*

N

NANTISSEMENT, ce que c'est, & en quelle forme est fait, dans les Provinces où il a lieu. 116.

DES MATIERES. li

- Différence entre le nantissement & l'hypothèque, quand à la forme. 117.
- Notaire*, d'où dérive ce mot. 3.
- Notaires, dans quel tems furent obligés de tenir Registre des Notes & Minutes des Actes qu'ils recevoient. 4.
- Depuis quel tems les Notaires sont tenus de signer les actes qu'ils retiennent, & si ceux qui ne sont pas signés de leur main, font foi en Justice. *ibid.*
- Notaires, quelle est leur origine, s'ils ont toujours été des personnes libres ou Esclaves. 5 & 6.
- Quelles sont les fonctions de Notaires pour rendre leurs actes authentiques. 7.
- De combien de sortes des Notaires il y a en France. 7 & 8.
- Notaires Royaux, quels sont. *ibid.*
- Si les Notaires peuvent retenir des actes hors de leur district, & quelle est la peine des contrevenans. 9.
- Arrêt de Règlement du Parlement de Toulouse, pour les Notaires de cette Ville, qui les maintient dans leur privilège. *ibid.*
- Quel est le privilège des Notaires du Châtelet de Paris. 10.
- Quel est le privilège des Notaires d'Orleans & de Montpellier. 11.
- Si tous les Actes retenus par les Notaires Royaux, portent hypothèque & peu-

- vent être exécutés par tout. *ibid.*
- Notaires des Seigneurs, quels sont, & si les actes qu'ils reçoivent sont exécutoires hors de la Jurisdiction du Seigneur. 12.
- Si les actes retenus par les Notaires des Seigneurs, donnent hypothèque. 13.
- Si les Notaires des Seigneurs peuvent contracter pour des particuliers domiciliés hors leur Jurisdiction. 14. & *suiv.*
- Dans quels cas les actes retenus par des Notaires des Seigneurs portent hypothèque sur les Biens situés hors leur Jurisdiction. 17.
- Si les Notaires de Paris peuvent retenir des actes dans tout le Royaume, lorsqu'ils sont requis par les Parties. 19 & 20.
- Si les Notaires du Châtelet de Paris sont en droit de proceder aux Inventaires, au préjudice des Officiers Royaux. *ibid.*
- Notaires Royaux, pourquoi ont été réunis aux Notaires des Seigneurs. 21 & 22.
- Notaires Apostoliques, & quelles sont leurs fonctions. Règlement a ce sujet. *ibid.* & 23.
- Quels sont les actes que les Notaires Apostoliques peuvent retenir à l'exclusion de tous autres Notaires. *ibid.*

DES MATIERES. liij

Si les Notaires Apostoliques peuvent exercer leurs fonctions hors le Diocèse où ils ont été reçus. 24 & 25.

Dans quels cas un Contrat retenu par un Notaire hors de son district, n'est regardé que comme une écriture privée. 8 & 31.

De quelles formalités les actes des Notaires doivent être revêtus pour porter hypothèque sur les Biens des Contractans. *ibid.* & 32.

Si le seing du Notaire est indispensable pour la validité de l'acte. 33 & 34.

Si les Notaires sont tenus d'observer dans les actes qu'ils retiennent, toutes les formalités requises par les Couûmes des lieux où ils sont passés. *ibid.*

Si les Notaires peuvent communiquer les actes qu'ils ont passé à autres qu'aux Parties contractantes ou à leurs Successeurs ou héritiers. 37.

Si les Notaires peuvent se défaire des minutes des actes, en faveur meme des Parties & en quels cas. *ibid.* & 38.

Quel sont les actes que les Notaires sont tenus de représenter & de chercher dans leurs Registres. 41.

Lorsque les Notaires sont décedés, où doivent être remis leurs Registres. Règlement à ce sujet. *ibid.* & 42.

Dans quels actes les Notaires peuvent

stipuler pour autrui, & en quelle maniere ils le peuvent. 45 & 46.

Novation, ce que c'est. 272.

De quelle maniere se fait la *Novation* pour éteindre la premiere Obligation.

ibid. § 273.

De quelle maniere se fait la *Novation* par la délégation. 274.

Si la *Novation* anéantissant la premiere obligation, anéantit en même tems tout ce qui en est l'accessoire. *ibid.*

Si la *Novation* imparfaite suffit pour éteindre la premiere obligation à l'égard de la Caution. 175.

Si pour que la *Novation* soit valable, il faut que la seconde obligation soit aussi valable. *ibid.* § 276.

O

OBLIGATION. Si l'obligation contractée par un Mineur, ou un Fils de Famille, éteint une précédente obligation. 370.

Offrir. Si le droit d'offrir peut être exercé pendant l'instance du décret. 236 & 237.

Dans quels cas le droit d'offrir peut être exercé par les Créanciers postérieurs, contre les Créanciers antérieurs. *ibid.*

Dans quels cas les Créanciers postérieurs peuvent consigner aux Créanciers antérieurs

rieurs

DES MATIERES. IV

rieurs, ce qui leur est dû. 238 & 239.
 Dans quel cas les Créanciers qui exercent le droit d'offrir, doivent configner les sommes par eux offertes dans un dépôt public. *ibid.* § 240.

Si les Créanciers cédulaires & chirographaires peuvent exercer le droit d'offrir contre les Créanciers hypothécaires. *ibid.* § 241.

P

PACTE commissoire, ce que c'est, & s'il a lieu dans les Baux & engagemens comme dans les ventes. 115.

*P*ayment de la dette, par qui peut être fait pour l'extinction de l'hypothèque. 242. & 243.

Si le paiement fait malgré le Débiteur, est valable. Distinction à cet égard. *ibid.*

Si le paiement fait par un Procureur fondé, libere le Débiteur & éteint l'hypothèque du Créancier. *ibid.*

Si les payemens faits par les Tuteurs & Curateurs des dettes de leurs Pupilles ou Mineurs sont valables. 244 & 245.

Si le paiement d'une somme due à plusieurs Créanciers, étant fait à un seul, peut liberer le Débiteur envers les autres. *ibid.*

Si le Débiteur de plusieurs sommes, &

qui n'en paye qu'une, peut appliquer le
 paiement à celle qu'il juge à propos.

ibid. & suiv.

Si un Pere qui dans le Contrat de Ma-
 riage de sa Fille, lui a constitué deux
 sommes différentes, peut appliquer le
 paiement d'une de ces sommes, à ce
 qu'il a constitué de son chef. 249. & f.

Si l'on peut obliger les Créanciers de
 recevoir des Meubles ou du Bien-fonds
 en paiement au lieu de l'argent. 251 &

252.

Paraphernaux. Si les Femmes peuvent
 disposer de leurs Biens paraphernaux,
 & les hypothéquer sans le consentement
 & l'autorité de leurs Maris. 154. &

155.

Si les Femmes peuvent obliger & hypo-
 téquer leurs Biens paraphernaux, pour
 les affaires de leurs Maris. *ibid.*

Précaire, s'il est preferé à la Dot de la
 Femme. 432.

Prescription. Si l'Acquereur du fonds
 dotal, peut en prescrire la propriété
 & l'hypothèque contre la Femme, pen-
 dant la vie du Mari. 152.

Prescription du fonds dotal vendu, de
 quel jour commence à courir contre la
 Femme. 153.

Si la prescription du fonds dotal qui a
 commencé pendant la vie de la Fem-

DES MATIERES. 14

me, se continue après sa mort contre ses Enfans, quoique Mineurs de vingt-cinq ans, & sous la puissance Paternelle. *ibid.*

Si la prescription d'une somme dotale court contre la Femme pendant le mariage, quoiqu'elle n'ait pas commencé de courir auparavant. *ibid.* § 154.

Prescription. Dans quel espace de tems se prescrit l'hypotéque en faveur du Débiteur & des tiers-Acquereurs. 293 & 294.

Si un Fermier ou un Engagiste peut prescrire l'action hypothécaire des Créanciers. *ibid.*

Dans quels cas les tiers-Acquereurs peuvent prescrire l'hypotéque des Créanciers. *ibid.*

Si l'Acquereur d'un fonds à faculté de rachat, peut prescrire l'action hypothécaire des Créanciers de son Vendeur. 295.

Dans quels cas les Légataires & Donataires peuvent opposer la prescription & l'hypotéque des Créanciers. *ibid.* & 296.

Quelles sont les Coûtumes où l'on prescrit l'action hypothécaire dans un moindre tems que de dix ans. *ibid.* § 297.

Si l'Acquereur d'un fonds sujet à une Rente peut prescrire l'hypotéque de

cette Rente , lorsqu'il n'en a eu aucune connoissance & qu'il a joui du fonds pendant dix ans. *ibid.* § 298.

Si l'Acquereur qui a acquis des Biens à la charge de payer une Rente , peut opposer la prescription de dix ans au Propriétaire de cette Rente. *ibid.* § 299.

Dans quel tems se prescrit l'action réelle & l'action personnelle, quand à la possession du fonds. 299.

Dans quel tems se prescrit l'action hypothécaire à l'égard des Créanciers absens. 300 & 301.

Comment se règle le tems de la prescription de l'hypothèque des Créanciers qui ont été partie présens & partie absens.

302.

Si les absens hors du Royaume sont relevés de la prescription qui a couru pendant leur absence , & dans quels cas. *ibid.* § 303.

Quel est le privilège de l'Eglise pour la prescription de l'hypothèque qu'on lui oppose ou qu'elle oppose. *ibid.* § 304.

Si la prescription de dix ou de vingt ans court contre les Mineurs , & s'ils peuvent en être relevés. 305.

Si la prescription de dix ou de vingt ans peut être opposée au Fils de Famille majeur. *ibid.*

Si le Majeur profite de l'exception du

DES MATIERES. lix

Mineur, à l'effet d'empêcher la prescription de l'action hypothécaire. 306.

Si l'indivisibilité de l'hypothèque empêche la prescription pour le Majeur comme pour le Mineur. 307.

Si les tiers-Acquereurs, pour prescrire à l'action hypothécaire, doivent ignorer le vice de leur acquisition. *ibid.* & 308.

Si l'Acquereur qui a acquis un fonds du Possesseur de mauvaise foi peut prescrire l'hypothèque des Créanciers, lorsqu'il a ignoré le vice de son acquisition. *ibid.*

Dans quel cas l'Acquereur d'un fonds fait, dont le Débiteur n'a pas été dépossédé, peut prescrire l'hypothèque des Créanciers. *ibid.*

Si le tiers-Acquereur à faculté de rachat qui est appelle en garantie par un Créancier antérieur, peut opposer la prescription. 309.

Dans quel cas le tiers-Acquereur des Biens saisis réellement, peut prescrire l'hypothèque des Créanciers. *ibid.* & 310.

Si le tiers-Acquereur qui a ignoré que le fonds par lui acquis fut hypothéqué au paiement du capital & des intérêts d'une Rente, peut prescrire l'action hypothécaire des Créanciers. *ibid.*

Si lors qu'un tiers-Acquereur est évincé d'un fonds par lui acquis, un tiers-Ac-

- quereur postérieur, contre lequel il a recours, peut lui opposer la prescription de l'hypotéque. 311 & suiv.
- Prescription, de quel jour commence à courir en faveur de l'acquéreur du fonds dotal. 314.
- Si la prescription qui a couru contre la Femme, étant veuve, se continue contre elle pendant son second mariage. *ibid.* & 315.
- Si celui qui n'a joui le fonds hypotéqué qu'à titre d'engagement, peut prescrire l'hypotéque contre les Créanciers antérieurs à son acquisition. *ibid.* & 316.
- Si les Créanciers peuvent agir sur le fonds engagé, sujet à leur hypotéque, sans être obligés de discuter les autres biens du Débiteur. *ibid.* & 317.
- Si un tiers-Acquéreur qui a acquis d'un Engagiste, peut prescrire la possession du fonds par lui acquis. *ibid.* & 318.
- Si un tiers-Acquéreur à faculté de rachat, peut opposer la prescription de l'action hypotécaire. 317.
- De quelle manière la prescription de l'hypotéque peut être arrêtée par les Créanciers. 318.
- Preuve.* Dans quel cas la preuve par Témoins de l'existence d'un acte égaré peut être reçue. 43.

DES MATIERES. lxj

Dans quel cas la preuve par Témoins peut être reçüe pour suppléer à ce qui manque à l'acte. 44.

Si un Procureur fondé de procuration & tout autre Administrateur peut hypothéquer les Biens de ceux dont ils font les affaires. 121.

Protest. Si le protest fait faute de payement d'une Lettre de Change, acquiert une hypothèque sur les Biens de celui sur qui elle est tirée, pour user de Saïfic. 52 & 53.

R

RATIFICATION d'un Acte, dans quel cas donne un effet rétroactif au jour de sa date. 125. & suiv.

Rentes. Si les Rentes constituées peuvent être vendüs par décret, de même que les Rentes foncieres. 92 & 93;

Rentes constituées, quelles sont les Coûtumes qu'il faut suivre pour sçavoir si elles sont meubles ou immeubles. *ibid.*

Réparations, de quel jour ont une hypothèque tacite sur les Biens de l'usufruitier qui a manqué de les faire faire. 79.

De quel jour l'Eglise a une hypothèque sur les Prélats & autres Bénéficiers, pour les réparations omises aux Maisons dépendantes de leurs Bénéfices. 80.

Si les Hôpitaux & Communautés ont une hypothèque sur les Biens de leurs Syndics & autres Administrateurs, pour les réparations par eux omises, & de quel jour ils ont cette hypothèque. *ibid.*

S

SAISIE. Si les Créanciers peuvent faire saisir les meubles de leur Débiteur, en quelle part qu'ils soient trouvés. 30.
 Si les Créanciers peuvent faire saisir les immeubles de leur Débiteur qui sont entre les mains des Acquéreurs. *ibid.* 91.
 Dans quels cas peut-on faire saisir les Biens propres de l'héritier du Débiteur décédé? 396 & 397.
 Si les Créanciers peuvent faire saisir en tout tems les Biens de leur Débiteur sur la tête de ses héritiers, quoiqu'ils soient dans les délais de l'Inventaire. *ibid.*
 Dans quels cas les Créanciers, avant que de pouvoir faire saisir les Biens de leur Débiteur décédé, sont tenus de poursuivre une condamnation contre ses héritiers. 398.
 Si une Saisie faite en vertu d'un commandement suranné est valable. 378 & 379.
 Si lorsqu'il y a plusieurs Saisissans des mêmes meubles, & des fruits, la préférence se règle par la date des Saisies ou des hypothèques. 438. & *suivantes.*

DES MATIERES. Ixiii

Dans quels cas les Saisies postérieures sont converties en simples oppositions, & les Créanciers Saisissans alloués en leur rang suivant leurs hypothèques. 440.

69. 441.

Dans quel délai les Saisies réelles doivent être enregistrées au Bureau des Commissaires aux Saisies réelles, & sous quelles peines. Règlement à ce sujet. 445.

Sceaux des Justices Royales, jusques où s'étendent, & dans quel cas sont exécutoires sur les Biens des Justiciables.

12.

Si les Seigneurs Hauts-Justiciers ont droit de Sceau, & si les Seigneurs moyens & bas ont le même droit. 17. & 18.

Si les Seigneurs Hauts-Justiciers peuvent empêcher que les Notaires Royaux viennent stabler dans leurs Jurisdictions.

19.

Sentences rendues par les arbitres, de quel jour portent hypothèque. 69.

Si ces Sentences arbitrales étant autorisées par Arrêt, sont exécutées par provision pendant l'appel. 70.

Sequestres établis dans de Saisies postérieures, peuvent-ils faire les fonctions de leurs charges, comme ceux qui sont établis dans les premières Saisies? 441.

Si les Sequestres sont tenus de signer le

Verbal de sequestration, lors qu'ils sont
etablis Sequestrés. 442 & 443.

Si les Sequestrés peuvent opposer le
défaut de signature de l'exploit de sequestration, à l'effet de s'en faire décharger. 444.

Si les Sequestrés sont tenus de faire pro-
ceder au Bail judiciaire des fruits des
Biens saisis, & dans quel cas. *ibid.* &
445.

Si les Sequestrés ou le Fermier judiciai-
re des Biens saisis, peuvent jouir des
Rentes, Censives, Lods & Ventes, &
autres droits échus pendant leur Bail. 446.

S'ils peuvent jouir des droits honorifi-
ques attachés à une Seigneurie réelle-
ment saisie. *ibid.*

Si les Sequestrés & le Fermier judiciai-
re, peuvent présenter aux bénéfices at-
tachés aux Biens saisis. 447.

S'ils peuvent jouir du droit de Chasse
& du droit de Patronage dépendans des
Biens saisis. *ibid.* & *suiv.*

Stipulations, ce que c'est, & quelles sont
les personnes qui peuvent stipuler pour
autrui. 44 & 45.

Si les Notaires peuvent stipuler pour
autrui, & dans quel cas ils le peuvent,
& dans quels Actes. *ibid.*

Subrogation en matiere d'hypotéque, ce

DES MATIÈRES. lxv

que c'est, & comment se fait. 181.

Avec quelles personnes la subrogation peut être faite, & quelles sont les personnes qui peuvent être subrogées. *ibid.*

& suiv.

Subrogation légale, ce que c'est. 184.

Subrogation conventionnelle & réelle, ce que c'est, & quel est leur effet en faveur du Créancier. 185 & 186.

Subrogation des personnes en matière de succession, comment se fait. *ibid.*

Subrogation, de quelle manière se fait par le bénéfice de la Loi, ou par la convention. 187.

Subrogation, en quoi diffère de la cession ou transport des droits & actions du Cédant. *ibid. & suiv.*

Subrogation, en quoi diffère de la délégation & de la cession d'actions. 194.

De quelle manière le Subrogé succède aux droits du Créancier qui a été payé de sa dette. *ibid.*

Subrogation légale, comment se fait & avec quelles personnes peut avoir lieu. 195.

Dans quels cas la subrogation est acquise de plein droit, sans une stipulation expresse du subrogé. 196.

Si un tiers-Acquereur qui paye les Créanciers de son Vendeur, est subrogé de plein droit à leur place. 197.

S'il en est de même de celui qui prête ses deniers pour acquérir un fonds sans qu'il y ait de preuve de l'emploi de ces deniers. 198.

Dans quel intervalle de tems doit être fait cet emploi pour faire présumer que les deniers prêtés ont été employés à l'acquisition de ce fonds. *ibid.* & *suiv.*

Si ceux qui payent les fraix funéraires & autres dettes privilégiées du Défunt acquierent, l'hypothèque du Créancier sans subrogation. 201.

Dans quel cas celui qui paye un Créancier personnel, est subrogé à son hypothèque. 202.

Distinction à cet égard des Créanciers personnels privilégiés, & des Créanciers personnels non privilégiés. 203.

Subrogation aux droits d'un Créancier personnel, en quel cas a lieu. 204.

Si un des Associés aux Fermes du Roi, qui paye pour ses Associés, est subrogé de plein droit au privilège du Roi, sans subrogation. 205.

Subrogation conventionnelle, de quelle maniere s'acquiert par celui qui rembourse le Créancier de ce qui lui est dû par son Débiteur. *ibid.*

Si un Créancier peut subroger valablement un Etranger, duquel il reçoit son remboursement. 206.

DES MATIERES. lxxij

Si un Débiteur peut subroger celui qui lui prête pour payer un ancien Créancier. *ibid.* & 207.

Si la subrogation peut avoir lieu, lorsque le Débiteur paye lui-même son Créancier de ses propres deniers. *ibid.*

Si la subrogation a lieu lorsque le Créancier & le Débiteur consentent que celui qui prête ses deniers, soit subrogé à l'hypothèque. 208.

Dans quels cas la subrogation a lieu entre plusieurs Coobligés, à payer une même somme pour une même cause.

ibid. & 209.

Si la subrogation peut avoir lieu à l'égard d'un héritier sous bénéfice d'inventaire, & d'un héritier pur & simple. 212.

Si un Curateur qui paye les dettes d'une hérédité vacante, est subrogé de plein droit à la place du Créancier qu'il paye de ses deniers. 213.

Si la subrogation peut être suppléée en faveur de la Caution qui paye la dette pour le principal Débiteur. 216 & *suiv.*

Dans quel cas un Etranger qui paye un Créancier, peut acquérir son hypothèque, & s'il doit stipuler la subrogation. 226. & *suiv.*

Dans quel cas la subrogation faite par le Créancier, au profit d'un Etranger, est regardée comme une vente ou une

cession & transport de la dette, & si ce Créancier en est garant. 229. & suiv.

Dans quel cas le Créancier qui subroge l'Etranger, est tenu de recevoir ce qui lui est dû malgré lui. 233.

Dans quel cas l'Etranger ne peut prétendre, que ce qu'il a payé pour le Débiteur d'une Rente, & n'est point subrogé aux droits de ce Créancier, à l'effet de faire subsister la Rente à son profit. *ibid.* & 234.

Si l'Etranger qui paye les Créanciers pour faire plaisir au Débiteur, peut stipuler la subrogation. *ibid.* & 235.

Si l'Etranger qui acquitte une Rente pour un Débiteur, doit accepter la subrogation du Créancier, sans le consentement du Débiteur. *ibid.*

Différence entre la subrogation, la cession & transport d'une dette. *ibid.* & 236.

T

TIERS-Possesseur. Si le Propriétaire d'un fonds profite des dépenses & améliorations faites par les tiers-Acquéreurs. 98.

Si les Tiers-possesseurs peuvent demeurer en possession des Biens, jusques à ce qu'ils soient remboursés de ce qu'ils ont dépensé pour le méliorer. *ibid.* & 99.

DES MATIÈRES. Ixix

Tiers-Acquereurs , dans quels cas peuvent opposer la prescription de l'action hypothécaire des Créanciers. 294.

Qu'est-ce qu'on entend par tiers-Acquereur ou Détenteur ? 295.

Dans quels cas les Tiers-Acquereurs & Détenteurs peuvent opposer au Créancier le Bénéfice de Discussion. 415. & *suiv.*

Si les tiers-Acquereurs doivent indiquer les Biens dont ils opposent la discussion, & s'ils sont garands de l'indication.

419.

Si les tiers-Acquereurs peuvent se servir entre eux du bénéfice de discussion, & faire rejeter la Saisie réelle sur les Acquereurs postérieurs à leurs Acquisitions. Jurisprudence des Cours Souveraines à cet égard. 426 & 427.

Tuteur, s'il peut engager & hypothéquer les Biens de ses Pupilles pour leurs affaires propres. 121.

Si un Tuteur qui paye les Créanciers de son Pupille ou Mineur, peut prendre d'eux la subrogation, à l'effet de succéder à leur hypothèque, sur les Biens du Pupille ou Mineur. 221.

Dans quel cas le Tuteur qui paye les Créanciers de son Pupille, de ses propres deniers peut stipuler la subrogation. 222.

Si lorsqu'il y a plusieurs Tuteurs, l'un d'eux qui paye le reliqua du compte du Pupille, peut prendre de lui subrogation pour agir contre les autres Tuteurs, pour repéter ce qu'il a payé pour eux.

223.

V

VELLEYEN, dans quel cas les Femmes & les Filles peuvent se servir du bénéfice du Velleyen. 155.

Si une Mere Tutrice de ses enfans, peut se servir du Velleyen, contre les obligations qu'elle a contracté pour eux.

156.

Si les Femmes peuvent se servir du Velleyen, pour les dettes qu'elles ont contracté pour leurs Maris. *ibid.* § 157.

Dans quels cas le Velleyen a lieu en faveur des Femmes qui s'obligent, & hypothéquent leurs Biens. *ibid.*

Si les Femmes qui ont acquis des hypothèques, peuvent s'aider du bénéfice du Velleyen. *ibid.*

Exception à cet égard pour les Femmes, qui après avoir obtenu le bénéfice d'Inventaire, s'en sont départies en faveur de quelque Créancier particulier de l'hérité. *ibid.*

Quels sont les cas auxquels les Femmes ne peuvent pas se servir du Velleyen.

158. & *suiv.*

DES MATIERES. [xx]

Si les Femmes peuvent payer ce qui est dû par un Tiers, sans pouvoir se servir du bénéfice du Velleyen. 162.

Si le Velleyen a lieu dans les Pays du Droit Ecrit, & dans la Coûtume de Toulouse. 163.

Si une Femme qui s'est obligée solidairement avec son Mari, peut se faire relever de son obligation par le Velleyen. *ibid.* § 164.

Si le Velleyen est personnel à la Femme, & si son domicile doit servir de règle pour sçavoir si le Velleyen a lieu. *ibid.* § 165.

Si pour se servir du Velleyen, il est nécessaire d'impêtrer des Lettres Royaux. *ibid.* § 166.

De quel jour courent les dix ans pour la restitution des Femmes envers les obligations qu'elles ont contracté, par le secours du Velleyen. *ibid.*

Si les Créanciers de la Femme peuvent se servir du Velleyen, lorsqu'elle ne veut par s'en servir. 167.

Si les héritiers de la Femme peuvent se servir du Velleyen, lorsqu'elle a témoigné ne vouloir point s'en servir. 168.

Si les Femmes peuvent se servir du Velleyen, après qu'elles ont été condamnées à payer le montant de leurs obligations. *ibid.* § 169.

FIN de la Table des Matières.

A P P R O B A T I O N.

J'Ay lû par ordre de Monseigneur le Chancelier, un Manuscrit qui a pour Titre, *Traité des Hypothèques*, donné par supplément; & je n'y ai rien trouvé qui en doive empêcher l'impression. A Paris, ce 20 Mars 1760. ROUSSELET.

P R I V I L E G E D U R O I.

L O U I S, PAR LA GRACE DE DIEU, ROI DE FRANCE ET DE NAVARRE: A nos amés & féaux Conseillers les Gens tenant nos Cours de Parlement, Maîtres des Requêtes ordinaires de notre Hôtel, grand Conseil, Prévôt de Paris, Baillifs, Sénéchaux, leurs Lieutenans Civils, & autres nos Justiciers qu'il appartiendra: S A L U T. Notre amé B I R O S S E, Libraire à Toulouse, Nous a fait exposer qu'il desireroit faire imprimer & donner au Public des Ouvrages qui ont pour titre: *Traité des Hypothèques. Œuvres de SCIPION DUPERIER*. S'il Nous plaisoit lui accorder nos Lettres de Privilége pour ce nécessaires. A CES CAUSES, voulant traiter favorablement l'Exposant, Nous lui avons permis & permettons par ces Présentes, de faire imprimer lesdits Ouvrages autant de fois que bon lui semblera, & de les

vendre , faire vendre & débiter par tout notre Royaume , pendant les tems de six années consécutives , à compter du jour de la date des Présentes. Faisons défenses à tous Imprimeurs, Libraires & autres personnes de quelque qualité & condition qu'elles soient , d'en introduire d'impression étrangere dans aucun lieu de notre obéissance , comme aussi d'imprimer ou faire imprimer , vendre , faire vendre , débiter ni contrefaire lesdits Ouvrages , ni d'en faire aucuns Extraits , sous quelque prétexte que ce puisse être , sans la permission expresse & par écrit dudit Exposant , ou de ceux qui auront droit de lui , à peine de confiscation des Exemplaires contrefaits , de trois mille livres d'amende contre chacun des contrevenans ; dont un tiers à Nous, un tiers à l'Hôtel-Dieu de Paris , & l'autre tiers audit Exposant ou à celui qui aura droit de lui , & de tous dépens , dommages & intérêts , à la charge que ces présentes seront enregistrées tout au long sur le Registre de la Communauté des Imprimeurs & Libraires de Paris , dans trois mois de la date d'icelles ; que l'Impression sera faite dans notre Royaume , & non ailleurs , en bon papier & beaux caractères , conformément à la feuille imprimée , attachée pour modèle sous le contre-scel des Présentes : que l'Impétrant se conformera en tout aux Réglemens de la Librairie , & notamment à celui du 10 Avril 1725. Qu'avant de les exposer en vente , les Manuscrits qui auront servi de copie à l'Impression desdits Ouvrages , seront remis dans le même état où l'Approbation y aura été donnée , es mains de notre très-cher & féal Chancelier de

France , le Sieur DE LAMOIGNON. Et qu'il en fera ensuite remis deux Exemplaires de chacun dans notre Bibliothèque publique , un dans celle de notre Château du Louvre , & un dans celle de notre très-cher & féal Chevalier, Chancelier de France , le Sieur DE LAMOIGNON. Le tout à peine de nullité desPrésentés;du contenu desquelles vous mandons & enjoignons de faire jouir ledit Exp. & ses ayant cause, pleinement & paisiblement , sans souffrir qu'il leur soit fait aucun trouble ou empêchement. Vou-lons que la Copie des présentes, qui sera imprimée tout au long, au commencement ou à la fin desdits Ouvrages, soit tenuë pour dûement signifiée , & qu'aux Copies collationnées par l'un de nos amis & féaux Conseillers Secretaires, foi soit ajoutée comme à l'Original. Comman-dons au premier notre Huissier ou Sergent sur ce requis , de faire pour l'exécution d'icelles , tous actes requis & nécessaires , sans deman-der autre permission , & nonobstant clameur de Haro , Chartre Normande & Lettres à ce contraires. CAR tel est notre plaisir. DONNÉ à Versailles le dixième jour du mois de Mai , l'an de grace mil sept cent soixante . & de no-tre Regne le quarante-cinquième. Par le Roi en son Conseil. Signé LE BÉGUE.

Registré sur le Registre XV. de la Chambre Royale & Syndicale des Libraires & Imprimers de Paris n°. 3288. fol. 76. conformément au Règlement de 1713. A Paris, ce 20. Jui 1760. G. S AUGRAIN Syndic, Signé.

A P A M I E R S.

De l'Imprimerie de JEAN-FLORENT BAOUR.

