INSTITUT
DE
SERRES +

4240

4240

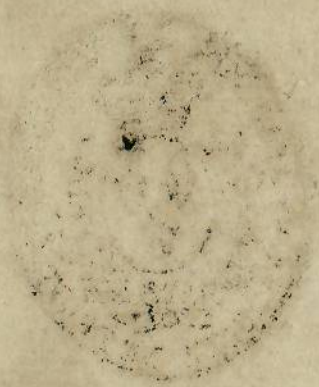
EXCLU
du
PRÊT

BIBLIOTHEQUE

DE

JEAN-GABRIEL [redacted]





Res
4,240

LES INSTITUTIONS
DU
DROIT FRANÇOIS,
SUIVANT L'ORDRE DE CELLES DE JUSTINIEN,
ACCOMMODÉES A LA JURISPRUDENCE MODERNE, ET AUX NOUVELLES ORDONNANCES.

PAR M. C. SERRES, *Avocat & Professeur en Droit François, en l'Université de Montpellier.*

CES Institutions du Droit François, sont à peu près dans le même goût que celles de M. de Boutaric, célebre Professeur de ce même Droit dans l'Université de Toulouse, & qui ne furent mises sous la Presse qu'après sa mort; mais celles-ci sont beaucoup plus amples : on a pris soin d'y faire remarquer tous les points que ce savant Homme n'auroit pas manqué de retoucher, ou de corriger, si elles eussent été imprimées de son vivant. On y a observé d'ailleurs toutes les Matieres dans lesquelles la Jurisprudence a varié, & où les nouvelles Ordonnances concernant les Donations, les Testamens, les Substitutions, & autres, ont apporté du changement.

ON y a joint encore quantité de nouveaux Arrêts du Parlement de Toulouse, ensemble une foule de Questions journalieres, dont cet Auteur n'avoit point parlé; ce qui forme un Ouvrage très-considérable, & qui pourra être de quelque utilité non seulement aux Étudians, mais aux personnes même déja versées dans la Jurisprudence.

ACADEMIE DE TOULOUSE
FACULTÉ DE DROIT

A PARIS,
Chez JEAN DE NULLY, Libraire, Grand-Salle du Palais, à l'Écu de France, & à la Palme.

M. DCC. LXXI.
AVEC APPROBATION ET PRIVILEGE DU ROI.



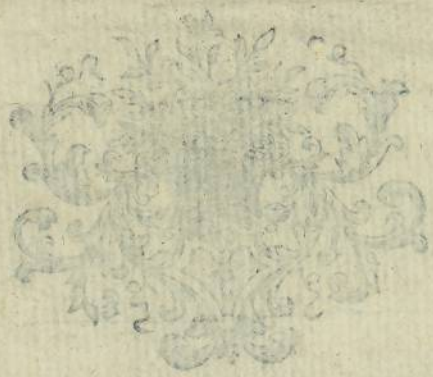


TABLE
DES TITRES
DES INSTITUTES DE JUSTINIEN
Par ordre Alphabétique.

A

De *Acquisitione per adrogationem*, Pag. 350
Actionibus. 451
Ademptione & Translatione Legatorum. 275
Adoptionibus. 50
Assignatione Libertorum. 348
Attiliano Tutore, &c. 62
Autoritate Tutorum. 67

B

Bonorum Possessionibus. 348

C

Capitis Deminutione. 60
Codicillis. 312
Curatoribus. 69

D

Divisione Stipulationum. 379
Donationibus. 134
Duobus reis stipulandi & promittendi. 376

E

Emptione & Venditione. 397
Eo cui libertatis causâ bona addicuntur. 350
Exceptionibus. 476
Excusationibus Tutorum vel Curatorum. 75
Exhæredatione Liberorum. 196

F

Fideicommissariis Hæreditatibus, & ad Senatus-Consultum Trebellianum. 280
Fidejussoribus. 388
Fidejuciariâ Tutelâ. 62

G

Gradibus Cognationum. 347

H

Hæredibus Instituendis. 203
Hæreditatibus quæ ab intestato deferuntur. 317
Hæredum qualitate & differentiâ. 245
His qui sui vel alieni juris sunt. 20
His per quos agere possumus. 471

I

Ingenuis. 13
Injuriis. 444
Inofficioso Testamento. 231
Interdictis. 479
Inutilibus Stipulationibus. 379
Jure naturali gentium, & civili. 3
Jure Personarum. 9
Justitiâ & Jure. 1

L

Legatis. 256
Lege Aquiliâ. 441
Lege Falcidiâ. 276
Lege Fusiâ Caniniâ tollendâ. 340
Legitimâ Cognatorum Successione. 19
Legitimâ Agnatorum Tutelâ. 58
Legitimâ Patronorum Tutelâ. 62
Libertinis. 15
Litterarum Obligationibus. 359
Locatione & Conductione. 404

M

Mandato. 419
Militari Testamento. 183

N

Noxalibus Actionibus. 469
Nuptiis. 23

O

OBLIGATIONIBUS. 350
Obligationibus ex consensu. 397
Obligationibus quæ quasi ex contractu nascuntur. 423
Obligationibus quæ ex delicto nascuntur. 431
Obligationibus quæ quasi ex delicto nascuntur. 149
Officio Judicis. 487

P

PATRIA Potestate. 21
Perpetuis & temporalibus Actionibus, & quæ ad hæredes & in hæredes transeunt. 473
Per quas personas cuique acquiritur. 162
Per quas personas nobis obligatio acquiritur. 424
Pœnâ temerè litigantium. 482
Publicis Judiciis. 489
Pupillari Substitutione. 219

Q

QUI testamento tutores dari possunt. 57
Quibus alienare licet, vel non. 151
Quibus ex causis manumittere non licet. 16
Quibus modis jus patriæ potestatis solvitur. 51
Quibus causis re contrahitur obligatio. 353
Quibus modis testamenta infirmantur. 226
Quibus modis tollitur obligatio. 424
Quibus modis tutela finitur. 68
Quibus non est permissum facere testamentum. 190
Quod cum eo qui in alienâ potestate est, negotium gestum esse dicitur, &c. 467

R

REBUS corporalibus & incorporalibus. 107
Replicationibus. 479
Rerum divisione, & acquirendo ipsarum dominio. 79

S

SATISDATIONE Tutorum vel Curatorum. 73
Satisdationibus. 472
Senatus-Consulto Orphiciano. 346
Senatus-Consulto Tertuliano. 343
Servili Cognatione. 348
Servitutibus rusticorum & urbanorum prædiorum. 109
Si quadrupes pauperiem fecisse dicitur. 469
Singulis rebus per fideicommissum relictis. 309
Societate. 412
Stipulatione Servorum. 379
Successione Cognatorum. 347
Successione Libertorum. 348
Successionibus sublatis quæ fiebant per bonorum venditionem, & ex Senatus-Consulto Claudiano. 350
Suspectis Tutoribus vel Curatoribus. 78

T

TESTAMENTIS ordinandis. 169
Tutelis. 56

V

VERBORUM Obligationibus. 371
Vi bonorum raptorum. 440
Usu & Habitatione. 125
Usucapionibus, & longi temporis Præscriptionibus. 117
Usufructu. 114
Vulgari Substitutione. 123

Fin de la Table des Titres.

LES

LES
INSTITUTIONS
DU
DROIT FRANÇOIS,
SUIVANT L'ORDRE DE CELLES DE JUSTINIEN,
ACCOMMODÉES A LA NOUVELLE JURISPRUDENCE,
DIVISÉES EN QUATRE LIVRES.

LIVRE PREMIER.

TITRE PREMIER.

De Juſtitiâ & Jure.

LA Juſtice, comme il paroît par la définition que l'Empereur Juſtinien en donne dans ce titre, n'eſt autre choſe qu'une volonté conſtante & perpétuelle de rendre à un chacun le droit qui lui eſt dû. Mais cette volonté, quelque ſincere & inébranlable qu'on la ſuppoſe dans la perſonne d'un Magiſtrat, a beſoin, pour produire ſes effets, du ſecours de la Juriſprudence, qui conſiſte tant dans la connoiſſance des choſes divines & humaines, qu'en la ſcience de ce qui eſt juſte ou injuſte, licite ou illicite.

Cette ſcience eſt une des plus difficiles & des plus étendues. On ſent, à la vérité, naturellement que les principaux fondemens du droit, comme il eſt dit ici, ſont de vivre honnêtement, de n'offenſer perſonne, & de rendre à un chacun ce qui lui appartient. Mais on ne peut ignorer qu'il y a des regles pour marquer ces devoirs, & pour apprendre à les remplir. D'ailleurs, la malice des hommes & la tranſgreſſion qu'ils font tous les jours & en tant d'occaſions de ces préceptes, ont néceſſairement donné lieu à l'établiſſement d'un ſi grand nombre de loix & de réglemens, tant en général qu'en particulier, ſur toutes les matieres, qu'à peine le travail le plus laborieux & le plus aſſidu, eſt ſuffiſant pour s'en inſtruire.

Les incertitudes & les doutes qu'on rencontre même journellement dans les queſtions qui ſe préſentent, font voir que les lumieres néceſſaires pour les réſoudre, ne s'acquierent que par la plus ſérieuſe application à l'étude des principes, des loix & des auteurs : encore eſt-il beſoin de beaucoup de ſolidité de jugement, & d'un grand diſcernement; ſans quoi l'on ne ſauroit être jamais ni un bon Avocat ni un bon Juge.

§. 4. *Hujus ſtudii duæ ſunt poſitiones, Jus publicum, & Jus privatum.*

L'étude du droit parmi les François, comme parmi les Romains, a deux objets : le premier eſt le droit public, ce qui comprend en général les droits du Roi, le domaine de la Couronne, la diſcipline extérieure de l'égliſe, le gouvernement & la police générale du Royaume, les finances, la guerre, l'autorité, les droits ou les devoirs des officiers, ſoit de robe ou d'épée, les corps & communautés qui compoſent l'Etat, &c.

Le ſecond eſt le droit qu'on appelle privé, & qui concerne tout ce qui regarde l'intérêt des particuliers, les procès ou les différends qui s'élevent entr'eux, pour la déciſion deſquels on obſerve dans le Languedoc, par privilege & par conceſſion de nos Rois, les loix Romaines; du moins en ce que les ordonnances, édits ou déclarations de Sa Majeſté, n'y ont point dérogé; car c'eſt en vertu des lettres-patentes qui ont été octroyées à cette province, par le Roi Charles VIII, & par le Roi Louis XII, ſon ſucceſſeur, en 1484 & 1498, qu'on y ſuit le droit Romain, comme l'a remarqué *M. de Cambolas, traité du Franc-Aleu*, in princip.

Il y a auſſi dans le Royaume, outre le Languedoc, d'autres provinces qui uſent du droit écrit des Romains, par la même conceſſion de nos Rois, comme la Guienne, la Provence, le Dauphiné; & même dans le reſſort du Parlement de Paris, il y a le Lionnois, le Beaujolois, le Forez, & partie de l'Auvergne qui ſont régis également par les loix Romaines.

Quant aux autres provinces que nous appellons dans ce Royaume, pays coutumier, on y obſerve les ſtatuts ou coutumes qui ont été rédigées par écrit, en l'aſſemblée des trois ordres de chaque province ou ſénéchauſſée, par la permiſſion de nos Rois & ſous leur autorité.

Cette rédaction des coutumes par écrit se fit en conséquence des lettres-patentes qui furent données par le Roi Charles VII, après qu'il eut rendu la tranquillité à ses peuples, & chassé les Anglois de ce Royaume; car auparavant la plupart des coutumes dont on usoit, n'étoient pas écrites, & n'avoient même aucune autorité publique : en sorte que pour la preuve ou pour l'interprétation d'une coutume ou d'un usage, on étoit obligé de faire ouir des témoins & de faire des enquêtes, qu'on appelloit, *enquêtes par turbes*, parce que chaque turbe étoit composée de dix témoins, quoiqu'elle ne valût que pour un seul témoignage, & qu'il fallût deux turbes pour faire une preuve complette. Ces enquêtes furent peu à peu abrogées, & elles ont enfin été entierement défendues par l'ordonnance civile de 1667, tit. 13.

Les coutumes de chaque ville & de chaque province furent donc rédigées par écrit successivement sous les Rois successeurs de Charles VII. Il y en a même qui ont été dans la suite réformées par rapport aux défauts qui s'y sont rencontrés; comme celle de Paris, par exemple, l'a été en l'année 1580, & dans chacune de ces villes ou provinces on suit ces coutumes locales, qui sont leur véritable droit civil.

Mais lorsqu'il se présente à décider dans les pays coutumiers quelque cas qui n'a pas été prévu, ou qui a été omis par la coutume, comment faut-il se régler? Doit-on recourir à la coutume de Paris, ou se régler par les coutumes voisines, ou par le droit Romain? On a tenu pendant long-temps qu'il falloit alors se régler par le droit Romain; & *M. de Boutaric*, célebre professeur en droit François dans l'université de Toulouse, le décide lui-même ainsi dans sa préface des institutes. Mais enfin la derniere Jurisprudence est contraire à cela; & l'on juge qu'il faut recourir à la coutume de Paris, pour les cas du moins qui s'y trouvent décidés, & dont les autres coutumes n'ont point parlé. *Vid. Le Prestre, centur.* 3, *chap.* 85; *le Journal du Palais, tom.* 1, *pag.* 203, *&c.*

TITRE II.

De Jure naturali, gentium, & civili.

JUSTINIEN au commencement de ce titre explique clairement ce que c'est que le droit naturel, que la nature a inspiré aux animaux mêmes; le droit des gens; c'est-à-dire, ce que la raison dicte à tous les hommes; & le droit civil; c'est-à-dire, le droit de chaque cité ou de chaque peuple en particulier.

§. 2. *Quoties non addimus nomen cujus sit civitatis, nostrum Jus significamus.*

C'est une question controversée par les auteurs, si le droit Romain doit

être regardé comme le droit commun de la France ; & ſi, quand on fait mention du droit ſimplement, on doit entendre par-là le droit Romain ? Mais ſans prendre parti dans cette diſpute, on peut dire que dans ce Royaume le droit Romain eſt ſubordonné au droit François, qui conſiſte dans les ordonnances royaux & dans les coutumes générales ; & le droit de Juſtinien n'eſt (à proprement parler) qu'un droit étranger, qui n'eſt en vigueur que par tolérance ; parce que nos Rois ont bien voulu accorder à pluſieurs provinces de France la permiſſion de ſe régler par le droit Romain qu'elles étoient dans l'habitude d'obſerver, leſquelles provinces nous appellons pays de droit écrit. Dans tout le reſte & dans la plus grande partie du Royaume, c'eſt-à-dire, dans les provinces qui ſe réglent par les coutumes, il n'a même aucune force de loi, & il n'y eſt conſidéré que comme raiſon écrite, & comme un droit fondé ſur une grande équité.

§. 3, 4, 5. *Scriptum Jus eſt Lex, Plebiſcitum, Senatus-Conſultum, Principum placita, &c.*

On apprend dans ces textes ce qu'étoient originairement chez les Romains, ce qu'on appelloit, loi, Plébiſcite, & Senatus-Conſulte, lorſque l'autorité que le peuple s'étoit attribuée paſſa de lui au Sénat, & fut tranſportée enfin du Sénat aux Empereurs. Le même texte nous apprend auſſi ce que c'étoit que les édits des préteurs & les réponſes des Juriſconſultes, auſquels l'Empereur Auguſte avoit donné le pouvoir de répondre à ceux qui les conſultoient, & cela avec tant d'autorité qu'il n'étoit pas permis aux Juges de s'écarter de leur déciſion ou de leur avis.

Mais nous pouvons nous borner à remarquer qu'en France c'eſt uniquement au Roi qu'il appartient de faire des loix : droit qui lui a appartenu depuis le commencement de la Monarchie, & que le peuple ne lui a point tranſmis ; car nos Rois ayant conquis les Gaules par le droit de la guerre, & par la force de leurs armes, ils ne doivent leur couronne & ne ſont redevables de leur ſuprême puiſſance qu'à Dieu ſeul.

Nos Rois ont communiqué une partie de leur autorité aux Cours ſupérieures établies par eux dans ce Royaume, & qui ſont à peu près ce qu'étoit le Sénat chez les Romains. Les arrêts de ces Cours ſupérieures forment ce que nous appellons la Juriſprudence des arrêts, laquelle Juriſprudence conſiſte dans la maniere dont les Cours ont expliqué & expliquent tous les jours les textes des loix ou des coutumes écrites, lorſqu'il s'y rencontre quelque difficulté ou ambiguité : mais pour former & établir ſur quelque point une Juriſprudence, il faut qu'il y ait pluſieurs déciſions conformes ſur la même matiere, ainſi qu'il eſt dit dans la loi 38, *ff. de Legibus.*

Du reſte, les Cours ſupérieures peuvent elles ſeules faire des réglemens, des injonctions ou des inhibitions générales dans leur reſſort ; & cela n'appartient

partient pas aux Juges ſubalternes. *Mornac ad Leg.* 23, *ff. de Legibus*; *Dolive*, *liv.* 1, *chap.* 38.

§. 6. *Quodcumque ergò Imperator per epiſtolam conſtituit, vel cognoſcens decrevit, Legem eſſe conſtat.*

Nous ne connoiſſons pas en France les termes d'épître ou de décret, dont il eſt ici parlé : mais nos Rois expliquent leur volonté & portent des loix par ce que nous appellons des ordonnances, édits, déclarations, lettres-patentes, &c. & quoique ces termes paroiſſent ſynonimes, il y a néanmoins entr'eux quelque différence : car les édits ſont proprement les conſtitutions que nos Rois font ſur quelque objet particulier pour le bien & l'utilité publique de leur état ; au lieu que les ordonnances contiennent ordinairement des réglemens notables ſur pluſieurs matieres. Les déclarations ſont données pour l'exécution, explication ou correction des édits ou ordonnances précédentes ; & quant aux lettres-patentes, ce ſont des eſpeces d'édits, dont il y en a qui ſont générales, & d'autres qui ne concernent que les affaires des particuliers, ou des corps & communautés.

Mais comme nos Rois n'ont pas eu de plus grand déſir que de faire de bonnes & ſaintes loix, ils ont toujours voulu avoir l'avis des Cours ſupérieures de Juſtice, avant de faire exécuter leurs ordonnances, édits ou déclarations : & ſuivant cet uſage, (qui paroît fondé ſur cette célebre loi, *Humanum*, *Cod. de Legibus.*) les ordonnances de nos Rois s'exécutent après qu'elles ont été lues, publiées & régiſtrées ès Parlemens & autres Cours ſupérieures, chacune dans ſon reſſort. Il eſt même permis auſdites Cours, par l'article 2 de l'ordonnance de Moulins de 1566, & par une déclaration du 15 ſeptembre 1715, de faire à Sa Majeſté de très-humbles remontrances, ſi elles le jugent néceſſaire pour le bien public, avant de procéder à l'enrégiſtrement ; ce qui s'entend des édits, déclarations & lettres-patentes émanées de la ſeule autorité & propre mouvement du Roi ; car, quant aux lettres-patentes accordées ſous le nom & au profit des particuliers, on y reçoit même les oppoſitions de la part des parties qui s'y trouvent intéreſſées, ſuivant la déclaration du 24 février 1673.

§. 9. *Sine ſcripto Jus venit quod uſus approbavit ; nam diuturni mores conſenſu utentium approbati, Legem imitantur.*

On doit remarquer ſur ce texte, qu'en France les uſages ou coutumes anciennes y ſont, à la vérité, d'un grand poids dans la déciſion des affaires, lorſqu'elles n'ont rien de contraires à l'honnêteté publique ou aux bonnes mœurs ; mais que ces uſages n'y ont pas néanmoins proprement la force de loi, & moins encore s'ils ſe ſont introduits ſans raiſon ou contre la raiſon. *Vid. Leg.* 2, *cod. quæ ſit longa conſuet. & Godefroy*, *ibid.*

On ne peut gueres au ſurplus regarder comme un droit non écrit, les diverſes coutumes de ce Royaume, depuis qu'elles ont été rédigées par écrit ſous

l'autorité du Prince, quoiqu'elles ne fuſſent en effet fondées originairement que ſur l'uſage.

Ces coutumes ſont ſouvent différentes dans chaque province ou ville des pays qu'on appelle coutumiers, & elles y ont force de loi. Nous avons même dans la province de Languedoc (quoique régie par le droit écrit, c'eſt-à-dire, par les loix Romaines) deux ſtatuts ou coutumes particulieres écrites, qui y ſont ſuivies en certaines matieres : telle eſt la coutume ou ſtatut de la ville de Toulouſe, & le ſtatut de la ville de Montpellier.

On regarde les ſtatuts ou coutumes des lieux, tantôt comme des coutumes perſonnelles, & tantôt comme des coutumes réelles; & cette diſtinction eſt d'un grand uſage, ſoit pour les contracts, ſoit pour les teſtamens ou diſpoſitions de derniere volonté, ſoit pour les ſucceſſions, &c.

On enviſage les coutumes locales comme perſonnelles, quand il s'agit de la condition, qualité ou capacité de la perſonne qui contracte ou qui diſpoſe ; parce qu'en ce cas la coutume du domicile de cette perſonne ſert de loi & de regle : comme, par exemple, s'il eſt queſtion de ſavoir à quel âge on peut valablement teſter, vendre ou aliéner; & alors la coutume étant conſidérée comme perſonnelle, a un pouvoir indéfini qui n'eſt pas borné par le territoire, mais qui étend ſon effet par-tout en quelque lieu que les biens dont on a diſpoſés, ſoient ſitués.

On regarde au contraire les coutumes des lieux comme réelles, lorſqu'il s'agit de quelque choſe de réel, & qui concerne la réalité des biens dont on traite ; parce qu'en ce cas il faut ſuivre la coutume du lieu où les biens ſont ſitués : comme, par exemple, quand il eſt queſtion de ſuccéder, de partager une hérédité, de ſavoir de quoi un teſtateur a pu diſpoſer, & quelle partie de ſes biens il a pu léguer, &c. & alors la coutume locale étant conſidérée comme réelle, elle a un pouvoir reſtreint & limité dans les bornes du lieu ou du territoire, & ne s'étend pas au delà.

Tous ces principes ſont atteſtés par *Brodeau ſur Louet*, *Lett. C. chap.* 42; *Maynard*, *liv.* 7, *chap.* 17; *Dolive*, *liv.* 3, *chap.* 25; *Coquille*, *tom.* 2, *dans ſes queſtions*, 227; *Henrys*, *tom.* 1. *liv.* 4, *queſt.* 105. Voyez auſſi les articles 68 & ſuivans de l'ordonnance des teſtamens de 1735.

Ainſi pour donner quelque exemple des coutumes qu'on regarde comme perſonnelles, un teſtament fait par une perſonne domiciliée en pays de droit écrit, où il eſt permis de teſter à l'âge de 14 ans accomplis, vaudra tant pour les biens que le teſtateur poſſede dans les pays de droit écrit, que pour les biens qu'il pourroit avoir dans les pays coutumiers, où il n'eſt permis de faire teſtament qu'à l'âge de 20 ou de 25 ans; & ce à concurrence toutefois de la portion deſdits biens, dont la coutume du Pays coutumier où ils ſont aſſis, permet de diſpoſer, parce que ce dernier point eſt réel, ainſi qu'il ſera dit ci-après; & il importe peu en quel pays cette perſonne aura fait ſon teſtament, car la perſonne porte elle-même ſa capacité & ſon habilité par-tout :

de ſorte que les habitans du pays de droit écrit peuvent même, ſe trouvant dans quelque pays coutumier, y teſter valablement de leurs biens à l'âge de 14 ans accomplis, quant aux mâles, & de 12 années expirées pour les filles.

Mais celui qui eſt domicilié dans une coutume où il n'eſt permis de diſpoſer par teſtament qu'à l'âge de 20 ou 25 ans, ne peut pas teſter avant cet âge, des biens même qu'il a ſitués en pays de droit écrit, où l'on peut faire un teſtament à 14 ans; parce que tout cela regarde la capacité de la perſonne, & qu'en ce point la coutume étant conſidérée comme perſonnelle, doit étendre ſes effets par-tout.

Pareillement quant aux contracts : un homme qui habite dans une coutume où l'on eſt majeur à l'âge de 20 ans, peut à ce même âge vendre & aliéner, ſans aucune des ſolemnités réquiſes pour la vente des biens des mineurs, les biens même qu'il poſſede en pays de droit écrit, ou bien dans d'autres coutumes où l'on n'eſt majeur qu'à 25 ans.

Pour donner au contraire quelque exemple des coutumes qu'on regarde comme réelles : un teſtament fait en quelque pays que ce ſoit par un habitant même du pays de droit écrit, qui a partie de ſes biens aſſis en pays de coutume, & les autres en pays de droit écrit, vaudra bien à la vérité pour tous les biens ſitués dans les pays de droit écrit, où la liberté de diſpoſer par teſtament n'eſt pas limitée; mais il ne vaudra pour les biens ſitués en pays coutumier, qu'à concurrence de la portion des biens dont la coutume où ils ſont aſſis permet de teſter; parce que la coutume étant regardée en ce point comme réelle, elle affecte tous les biens qui ſont ſitués dans ſon diſtrict, quoiqu'elle ne s'étende pas au delà.

De même pour les ſucceſſions *ab inteſtat*, & pour ce qui concerne la maniere de partager une hérédité, on ſuit la coutume des lieux où les biens ſont ſitués; parce que les ſucceſſions tiennent tout-à-fait de la réalité : mais les coutumes, en ce qui eſt réel, n'ont force de loi que dans leur territoire.

Ainſi à Montpellier où le ſtatut local permet de ne laiſſer aux enfans que ce que l'on veut pour leur légitime (ce qui avant l'ordonnance des teſtamens du mois d'août 1735, qui paroît avoir abrogé cette liberté, comme je le dirai ailleurs, avoit été réglé par les arrêts à la moitié de la légitime,) on jugeoit que cette réduction à la moitié de la légitime devoit ſe borner aux biens ſitués dans les enclaves de la ville de Montpellier; de ſorte que, quant aux biens ſitués ailleurs, ladite réduction étoit inutile.

Comme auſſi à Toulouſe, la coutume de cette ville qui prive la mere de la ſucceſſion légitime de ſes enfans, & y appelle les plus proches parens du côté du pere, n'a lieu à cet égard que dans la Banlieue ou Gardiage de ladite ville; d'autant mieux que toutes les coutumes de cette eſpece ſont odieuſes. *Dolive, liv. 5, chap. 32; Cambolas, liv. 4, chap. 3, & liv. 6, chap. 47; la Rocheflavin & Graverol, liv. 3, verb. ſucceſſion. art. 3, & 4.*

Dans les contracts également : lorſqu'il s'agit de la choſe elle-même, ou

d'une hypotheque, ou d'un autre droit purement réel, on ſe regle par la coutume du lieu où les biens ſont ſitués : de ſorte qu'on a même jugé, ſuivant l'arrêt rapporté par *M. Dolive*, *liv.* 3, *chap.* 25, que la femme jouit du privilege de la loi, *aſſiduis cod. qui potior. in pign. habeantur*, ſur les biens de ſon mari, ſitués dans le reſſort du Parlement de Toulouſe, où cette loi eſt obſervée, quoique le mariage ait été contracté, & qu'elle ſoit domiciliée dans une autre province où cette loi n'a pas lieu.

On doit au ſurplus remarquer à l'égard des contracts, qu'on ſuit la coutume du lieu où ils ont été paſſés (ſur-tout ſi les parties y ont leur domicile ordinaire,) pour régler ou décider les conventions qui en dépendent, lorſque les parties ne s'en ſont pas expliquées dans l'acte même. Ainſi quand un contract de mariage a été paſſé dans un lieu, on en ſuit la coutume pour régler la quotité de l'augment au profit des mariés, ou le douaire ; s'il doit y avoir communauté de biens entr'eux, ou non ; ſi le mari doit gagner la dot par le prédécès de ſon épouſe ſans enfans, & ainſi du reſte. *Vid. Dolive*, *liv.* 3, *chap.* 25, *aux notes* ; *Bretonnier ſur Henrys*, *tom.* 1. *liv.* 4, *queſt.* 105, *de l'édition de* 1708.

Enfin, ſoit dans les contracts, ſoit à l'égard des teſtamens, on n'y exige d'autre forme ni d'autres ſolemnités que celles de la coutume du lieu où ils ſont paſſés ; moyennant quoi ils ſont valables par-tout en quelque lieu que les biens dont on a traité ou diſpoſé, ſoient ſitués, ou que les parties aient leur domicile ; & cela a lieu, quand même ce ſeroit un étranger ou un paſſant qui auroit ainſi contracté ou diſpoſé, ou que l'acte auroit été paſſé par un François, dans une domination étrangere, avec les formalités qui s'y obſervent. *Dolive dicto loco* ; *Maynard*, *liv.* 5, *chap.* 92 ; *& liv.* 8. *chap.* 51 ; *Cambolas*, *liv.* 4, *chap.* 41.

Il n'en eſt pas tout-à-fait de même à l'égard des ſentences & jugemens même ſouverains, rendus en pays étranger contre un François. Il eſt vrai que ces jugemens peuvent être exécutés en France par proviſion, en vertu d'un *pareatis* qu'on prend à la grande Chancellerie, & qu'on y peut en conſéquence ſaiſir & exécuter : mais néanmoins les droits du François condamné ſont conſervés au fonds ; car il eſt en droit & eſt reçu à conteſter ſur le bien ou le mal jugé du Juge étranger, comme ſi ſes droits étoient encore dans leur entier. Cela a été ainſi décidé par un arrêt du 17 juillet 1730, rendu en la grand'chambre du Parlement de Toulouſe, au rapport de M. de Coſta, en faveur du ſieur Dedaux, négociant, condamné par un jugement ſouverain de l'Auditeur de la principauté de Monaco. *Voyez Deſpeiſſes*, *tom.* 2. *pag.* 571, *n.* 13, qui n'a pas expliqué cette différence de l'exécution proviſoire & de la conſervation des droits, quant aux fonds.

Après avoir ainſi expliqué à quelles coutumes ou loix il faut avoir recours pour la déciſion des procès & des conteſtations par rapport au fonds, il reſte à obſerver que quant à l'ordre judiciaire & à la forme de la procédure, on

ſuit

ſuit néanmoins toujours la coutume & l'uſage du lieu où l'on plaide ; ce qui ſe vérifie ſur-tout dans les procès qui ſont évoqués & renvoyés d'une Cour à une autre. Voyez l'ordonnance des évocations de 1669, art. 46, & l'ordonnance du mois d'août 1737, art. 92.

TITRE III.

De Jure perſonarum.

Omnes homines aut liberi ſunt, aut ſervi.

ON ne reconnoît point d'eſclaves dans ce Royaume, & tous les hommes y ſont libres. Les Auteurs obſervent même que les eſclaves qui viennent des pays étrangers, acquierent la liberté dès qu'ils entrent en France, par la force de la coutume générale qui ne ſouffre en aucune maniere l'eſclavage. *Carondas, en ſes Pandectes, liv. 2, chap. 5 ; Loyſel, en ſes inſtitutions Coutumiers, tit. des perſonnes, n. 6 ; Benedict. ſur le chap. Raynutius, verb. uxorem nomine Adelaſiam.*

Delà vient que quant aux eſclaves Négres que nous avons dans les Colonies Françoiſes de l'Amérique, que leurs maîtres ou propriétaires veulent amener ou envoyer en France pour les confirmer dans la religion Catholique, ou pour leur faire apprendre quelque métier, il a fallu des édits & des déclarations du Roi des années 1685, 1716 & 1738, pour ſtatuer qu'ils n'acquerroient pas la liberté, à la charge toutefois par les maîtres d'obſerver à cet égard certaines précautions & formalités, & de ne pouvoir les retenir que trois années dans le Royaume ; faute dequoi leſdits eſclaves ſeront confiſqués au profit de Sa Majeſté.

Il y a pourtant eu autrefois non ſeulement des eſclaves en France, juſqu'à qu'inſenſiblement la religion Chrétienne y eût abſolument éteint l'eſclavage ; mais encore il y a eu des ſervitudes perſonnelles, ſemblables à peu près aux ſervitudes aſcriptices & colonaires, dont il eſt parlé dans quelques loix du digeſte & dans le titre du Code *de agricolis & cenſitis*, qui rendoient les perſonnes attachées & comme liées aux domaines de la campagne pour les faire valoir : on appelloit ces perſonnes ſerfs, ſimplement, ou *ſerfs de pourſuite*, parce que le Seigneur pouvoit les réclamer & les pourſuivre par-tout, quoiqu'ils euſſent même abandonné leurs biens, ou bien *gens de main-morte* ou *mortaillables*, ſoit parce que le Seigneur pouvoit leur impoſer des tailles & autres charges à ſa volonté, ſoit parce que venant à décéder ſans deſcendans ni aſcendans, tous leurs biens appartenoient au Seigneur, & qu'ils ne pouvoient en diſpoſer à ſon préjudice. Il reſte encore quelques traces de cette derniere ſervitude en certaines Provinces, comme dans les coutumes de Meaux, Troyes, Bourgogne, Nivernois, &c. encore la condition de ces

ſerfs eſt-elle moins dure & différente, ſuivant que chacune de ces coutume en a diſpoſé : mais par-tout ailleurs les Seigneurs abolirent depuis environ l'année 1315 ces ſervitudes, & affranchirent leurs ſerfs ou main-mortables moyennant finance, ou en leur impoſant ſeulement quelques droits utiles, ſoit en argent, en corvées, ou autrement; & c'eſt delà que la plûpart des droits Seigneuriaux qui paroiſſent le plus gêner la liberté, ont pris leur origine. *Vid. Coquille, ſur les coutumes du Nivern. chap.* 8, *& en ſes inſtit. pag.* 55; *Boiſſieu, de l'uſage des fiefs, chap.* 32; *Bacquet, du droit des franc-fiefs, part.* 1, *chap.* 3, *n.* 10, *& ſuiv. Chorier, ſur Guy-Pape, pag.* 145.

§. 4. *Servi fiunt aut Jure gentium, id eſt captivitate, aut Jure civili, cùm liber homo ſe venundari paſſus eſt.*

Chez les nations Chrétiennes, ceux qui ſont faits priſonnniers de guerre ne changent point d'état, & ne deviennent pas eſclaves des vainqueurs comme chez les anciens Romains; mais ils ſont ſeulement ou échangés contre des priſonniers du parti contraire, ou tenus de payer une rançon telle qu'elle eſt publiquement accordée entre les peuples qui ſont en guerre, ou à défaut de convention, telle qu'il plaît aux vainqueurs de l'exiger; & quant à ceux même qui ſont pris par des nations Barbares, par des Turcs ou par des Corſaires, quoiqu'ils perdent leur liberté de fait, ils la conſervent de droit, étant purement regardés quant aux effets civils comme abſens; de ſorte qu'étant de retour ſoit au moyen de leur rançon, ou autrement, ils ſont conſidérés comme n'ayant jamais été dans l'eſclavage. *Vid. Grotius, Tract. de Jure belli & pacis, lib.* 7, *cap.* 7; *Cœpola, de ſervitut. lib.* 1, *cap.* 1, *n.* 4. On peut voir auſſi l'article 30 de l'ordonnance concernant les teſtamens de 1735, où il eſt parlé des teſtamens de ceux qui ſont priſonniers de guerre.

Nous connoiſſons encore moins en France cette eſpece de ſervitude volontaire dans laquelle tombent ceux qui étant majeurs de vingt ans, trouvoient à propos de ſe vendre pour participer au prix; de tels marchés y ſeroient ſans contredit réprouvés, & de nul effet.

§. 5. *Liberi aut ſunt ingenui, aut libertini.*

Les perſonnes ingénues à Rome étoient celles qui n'avoient jamais été ſouillées de la tâche de l'eſclavage, & qui avoient toujours joui de la liberté : les affranchis étoient ceux qui étant tombés dans la ſervitude, avoient obtenu la liberté par la grace de leur maîtres, leſquels au moyen de l'affranchiſſement devenoient leurs patrons, & acquéroient ſur eux en même temps pluſieurs droits honorables & utiles, dont il eſt parlé amplement dans le droit Romain. Mais l'eſclavage étant entiérement aboli en France, la diſtinction que fait ici l'Empereur, des perſonnes libres, en ingénus & affranchis, n'y peut être d'aucun uſage, non plus que les droits du patronat; tous les hommes y ſont libres, & en même temps ingénus; on diſtingue ſeule-

ment les perſonnes en nobles ou roturieres, quoiqu'à proprement parler la véritable nobleſſe ne conſiſte que dans la vertu & dans le mérite; car, c'eſt uniquement en tant que la nobleſſe ſuppoſe la vertu, & qu'elle en eſt comme la récompenſe, qu'elle peut être regardée comme un titre d'honneur.

C'eſt par rapport à ce titre honorifique qu'on a accordé aux nobles pluſieurs privileges dont les roturiers ne jouiſſent pas. Il n'y a régulierement que les nobles qui puiſſent poſſéder des Fiefs, parce que les véritables fiefs ſont francs & nobles en France; & quoiqu'il ſoit certain qu'ils n'annobliſſent pas la perſonne qui les poſſede, néanmoins les roturiers ſont incapables de les poſſéder: ce qui eſt fondé ſur ce que les fiefs dans leur origine n'étoient donnés qu'à des gens de guerre, en récompenſe de leurs ſervices & de leur valeur; de ſorte que ſi les beſoins de l'Etat ont obligé nos Rois de permettre aux roturiers d'acquérir & de poſſéder des fiefs, ce n'eſt qu'à la charge par eux de payer à Sa Majeſté de temps en temps une taxe, telle qu'il plaît au Roi de la régler, laquelle eſt appellée, droit de franc-fief, & eſt impoſée à raiſon de la poſſeſſion & des fruits que le roturier a perçu du fief: ainſi cette taxe n'eſt due que par les roturiers qui poſſédent des fiefs ou en propriété ou en uſufruit, & n'eſt point due par les perſonnes nobles.

Les nobles ne ſont pas non plus ſujets aux charges perſonnelles, ni même au paiement des tailles & impoſitions dans les provinces où elles ne ſont pas réelles; ils ont droit de chaſſer dans leurs terres qui ſont éloignées des plaiſirs de Sa Majeſté, & pareillement dans celle des Seigneurs qui leur en ont accordé la permiſſion: ils peuvent, ſuivant l'édit donné à Cremieu en l'année 1536, porter leurs cauſes civiles, tant en demandant qu'en défendant, & leurs cauſes criminelles lorſqu'ils ſont défendeurs, devant le Baillifs ou Sénéchaux en premiere inſtance; quoiqu'il en ſoit autrement à l'égard des Juges des Seigneurs, dont les nobles ne peuvent pas décliner la juriſdiction, ſelon la déclaration donnée à Compiegne, le 4 février 1637: ils peuvent en matiere criminelle demander d'être jugés par la Grand'Chambre & la Chambre-Tournelle du Parlement aſſemblées, comme on le voit dans l'ordonnance de 1670, tit. 1, art. 21; & ils jouiſſent enfin de divers autres privileges.

La nobleſſe s'acquiert de pluſieurs manieres.

1°. Par des lettres d'annobliſſement qu'il n'appartient qu'au Roi ſeul de donner, qui doivent être vérifiées & régiſtrées en la Chambre des Comptes, Aides & Finances. Ces lettres d'annobliſſement ſont autant honorables, quand elles ſont accordées en récompenſe de quelque ſervice important rendu au Roi ou à l'Etat, qu'elles le ſont peu, lorſqu'on les obtient pour de l'argent; comme il eſt arrivé, lorſqu'il a paru des édits qui ont permis l'expédition de certaine quantité de lettres de nobleſſe taxées à une certaine finance, le Roi entendant bien moins alors accorder la nobleſſe, que pourvoir aux néceſſités de l'Etat.

2°. La nobleſſe s'acquiert par l'exercice des charges ou emplois, ſoit de la

Robe ou de l'Epée, parmi lesquels il y en a qui sont souche de noblesse; c'est-à-dire, qui annobliſſent d'abord celui qui en est pourvu, & toute sa postérité.

Il y en a d'autres qui ne donnent au pourvu qu'une noblesse personnelle, sans qu'elle se transmette à sa postérité, à moins que le pere & l'ayeul n'aient exercé la même ou une pareille charge, & qu'ils y soient décédés, ou qu'ils les aient rempli pendant vingt ans; ce qui produit ce contraste & cette bisarrerie, que souvent parmi les descendans d'un même pere ou d'un même ayeul, les uns sont nobles & les autres roturiers. Il y a un édit nouvellement donné par le Roi, concernant la Noblesse Militaire, il est du mois de novembre 1750.

3°. On peut ajouter une troisieme maniere d'acquérir la noblesse : savoir, par l'investiture que le Roi donne lui-même des fiefs de dignité, comme sont les Duchés, Marquisats & Comtés, cette investiture de la part du Roi à l'égard d'une personne qui seroit roturiere, étant censée renfermer sans difficulté une concession tacite de la noblesse; ensorte que ce n'est pas alors proprement le fief qui annoblit, puisqu'il est de maxime que *Feudum non nobilitat*, mais bien l'investiture accordée par le Roi lui-même : car les Auteurs conviennent que celle que l'on recevroit simplement de la Chambre des Comptes, ne changeroit pas l'état de l'acquéreur d'un fief.

4°. Enfin, la noblesse peut encore s'acquérir par la possession immémoriale; c'est-à-dire, que ceux qui justifient que leur pere & leur ayeul ont toujours pris la qualité de Chevalier, d'Ecuyer ou de noble depuis un temps immémorial, sont censés être nobles & conservés dans cette noblesse : par où on n'entend pas que la possession seule, sans titre ou sans concession, acquiere la noblesse, mais seulement qu'elle en fait présumer le titre & la concession, & c'est ce qu'on appelle proprement noblesse de race ou d'extraction, qui est plus estimée à mesure que l'origine en est plus ancienne & plus éloignée.

Mais pour donner quelque force & efficacité à cette preuve de la possession immémoriale de noblesse, il faut y joindre encore la preuve de la possesion des fiefs tenus par ses Auteurs durant ce temps-là, ou du moins la preuve des emplois ou des services de ses Auteurs pendant ce même temps, & l'une & l'autre de ces preuves doit se faire par des contracts de mariage, actes de partage, aveux, dénombremens, & autres actes authentiques, sans qu'il y ait eu aucune dérogeance; car ladite présomption de noblesse cesse & n'a point lieu, si l'on découvre le vice de l'origine, & que les auteurs fussent roturiers avant ladite possession immémoriale.

La noblesse une fois acquise peut se perdre, & elle se perd, ou par le crime, ou par la dérogeance. Pour ce qui est du crime, est éteint & ôte sans contredit la noblesse de celui qui en est convaincu & condamné, mais ses enfans conservent néanmoins la noblesse; il faut en excepter seulement les crimes de Leze-Majesté, où les jugemens de condamnation ne manquent gueres de dégrader tant le criminel que sa postérité.

Et

Et pour ce qui eſt de la dérogeance, le noble qui fait acte dérogeant à ſa nobleſſe, la perd auſſi ſans difficulté; & la dérogeance ſe commet par l'exercice des emplois ou des charges viles & des arts mécaniques, par l'exploitation des fermes, par la négociation & le commerce, autre néanmoins que le commerce en gros, ſoit par mer ou par terre, qui a été excepté & déclaré ne pas déroger à nobleſſe par un édit du mois de décembre 1701. L'article 4 de cet édit, explique ce que l'on doit entendre par commerçans en gros, en diſant : *Seront cenſés & réputés Marchands & Négocians en gros, tous ceux qui feront leur commerce en magaſin, vendant leurs marchandiſes par bales, caiſſes ou pieces entieres, & qui n'auront point de boutiques ouvertes, ni aucun étalage ou enſeignement à leurs portes ou maiſons.*

Les enfans ou deſcendans de ceux dont la nobleſſe eſt d'ailleurs prouvée & certaine, & qui néanmoins ont fait acte de dérogeance, peuvent au ſurplus conſerver leur nobleſſe, qu'ils ne tiennent pas, pour ainſi dire, du pere qui a dérogé, *non à patre ſed à genere*, comme il eſt dit dans la loi 3, *ff. de interdict. & relegat.* Mais ils doivent pour cela obtenir du Roi des lettres de réhabilitation des actes de dérogeance faits par leur pere, ou par leur ayeul, ou par eux-mêmes. On a même douté ſi après une dérogeance de cent années ou immémoriale, continuée ſur la tête du pere & de l'ayeul, les enfans pouvoient en être relevés ou réhabilités. *Vid. ſur ce que deſſus Loyſeau, traité des ordres, chap.* 4, 5 *&* 6; *Bacquet & Ferrieres, traité du droit d'annobliſſement, chap.* 16, 17, 18, *& ſuivans*; *Larroque en ſon traité de la nobleſſe*; *le réglement des tailles de l'année* 1600, *art.* 25; *l'arrêt du Conſeil d'Etat, du* 19 *mars* 1667, *adreſſé aux Commiſſaires députés pour la recherche des faux nobles*; *l'édit du mois d'août* 1715, *par la ſuppreſſion des annobliſſemens, &c.*

TITRE IV.

De Ingenuis.

Si quis ex matre naſcitur liberâ, patre verò ſervo, ingenuus nihilominus naſcitur.

LES ſervitudes perſonnelles étant abolies en France, & toutes les perſonnes y étant libres & ingénues en même temps, il ſuffit de remarquer que la nobleſſe eſt acquiſe aux enfans du côté de leur pere dès le moment qu'ils ſont conçus; c'eſt-à-dire, que les enfans iſſus de légitime mariage ſuivent la qualité & la condition du pere, & non de la mere, de ſorte que ſi le pere eſt noble, les enfans le ſont auſſi, & jouiſſent des privileges de nobleſſe, quoique la mere ſoit roturiere; & s'ils ſont iſſus au contraire d'un pere roturier, ils ſont tenus pour roturiers, quoique la mere ſoit noble: ce qui eſt conforme au droit Romain, ſuivant lequel, *liberi patrem ſequuntur quoad honores & originem*; *leg.* 19, *ff. de ſtatu hominum.*

Il eſt vrai qu'il y a les coutumes de Troyes & de Sens qui donnent la nobleſſe à l'enfant né d'une mere noble, quoique le pere ſoit roturier ; ce que l'on dit avoir été accordé par privilege à cette province, après la fameuſe bataille qui ſe donna en l'année 841, au lieu de Fontenay, entre Charles-le-Chauve, Roi de France, & Lothaire ſon frere, où il périt cent mille François, & où preſque tous les nobles de cette province perdirent la vie ; mais il y a long-temps que les nobles Champenois du côté maternel ne jouiſſent pas du privilege de nobleſſe, du moins à l'égard des droits du Roi, & qu'on leur a conteſté même quelquefois la faculté de prendre le titre & la qualité de nobles. *Vid. Laroque, en ſon traité de la Nobleſſe : Ferriere ſur Baquet, du droit des Franc-fiefs, chap.* 11.

Lorſqu'une femme roturiere épouſe un homme noble, elle eſt réputée & tenue pour noble, tant que le mariage dure, & tout autant de temps qu'elle demeure en viduité, conformément à ce qui eſt dit dans la loi, *fœminæ, ff. de Senatorib.* & dans la loi 22, §. 1, *ad municipalem.* Et au contraire, ſi une femme noble de naiſſance ſe marie à un roturier, il eſt certain que tant que le mariage dure, elle eſt tenue pour roturiere ; mais ſi elle devient veuve, elle reprend ſa premiere nobleſſe, en s'abſtenant d'actes roturiers, comme l'a obſervé, *Coquille en ſes inſtit. p.* 105, *& ſur les cout. de Nivernois, p.* 438.

Dans les coutumes de ce Royaume où il reſte encore des ſerfs ou mortaillables, on n'obſerve pas en général ce que dit ici l'Empereur Juſtinien, en parlant de l'ingénuité ; ſavoir, que les enfans ſuivent la condition de la mere : car il y a quelques-unes de ces coutumes où ſi l'un des mariés eſt ſerf & l'autre franc, les enfans ſont de la pire condition, comme on peut le voir dans *Coquille en ſes inſtit. pag.* 57. Mais l'édit du mois de mars 1685, s'eſt conformé à ce qui eſt décidé dans ce paragraphe & dans la loi, *partum*, au code *de rei vindicatione* ; car il a ſtatué dans les articles 12 & 13, quant aux eſclaves que nous avons dans les Colonies de l'Amérique, que les enfans nés d'un mariage entre eſclaves appartiennent aux maîtres des femmes eſclaves, & non aux maîtres de leurs maris, ſi le mari & la femme ont des maîtres différens ; comme auſſi que tous les enfans, ſoit mâles ou filles, nés du mariage d'un homme eſclave avec une femme libre, ſeront libres comme leur mere ; au lieu que les enfans ſeront eſclaves, ſi la mere eſt eſclave, quoique le pere ſoit libre.

TITRE V.

De Libertinis.

ON comprend assez que n'y ayant point d'esclaves dans ce Royaume, tout ce qui est dit dans ce titre des diverses manieres d'affranchir les esclaves & des différentes conditions des affranchis, y est entierement hors d'usage. *M. de Boutaric* observe seulement en cet endroit que la condition de certains religieux auxquels il est permis de disposer de leur pécule par des actes entre-vifs, & non par disposition de derniere volonté, est assez semblable à la condition des affranchis appellés *Latini*, qui vivoient comme des personnes libres, mais mouroient néanmoins en esclaves, & dont la succession appartenoit à ceux qui les avoient affranchis : il faut ajouter que dans la plupart des Abbayes régulieres de ce Royaume, où par un abus public qui a passé en force de loi, les religieux ont des places monacales dont ils jouissent, des bénéfices ou quelque possession particuliere malgré leur vœu solemnel de pauvreté & d'obéissance absolue à leurs supérieurs, ces religieux sont en effet les maîtres de leur pécule durant leur vie, jusques-là qu'un religieux peut, de son vivant, disposer, même à titre de donation entre-vif, de son pécule & de ce qu'il a épargné des revenus dont il a joui séparément, quoiqu'il n'en puisse pas disposer par testament ou par donation à cause de mort, avec la licence même de son supérieur, ni même avec la dispense du Pape, & que son pécule ou sa dépouille appartient au monastere. Il n'y a que les Chevaliers de Malthe, qui en considération des services qu'ils rendent à la Chrétienté, puissent disposer par testament, avec la licence du grand Maître de l'Ordre d'une portion modérée de leur pécule, comme, par exemple, de la cinquieme partie. *Vid. Ricard, tom.* 1. *des donat. part.* 1, *chap.* 3, *sect.* 5, *n.* 340.

J'ai dit que le pécule du religieux appartient à son monastere, lequel est obligé de payer là-dessus les dettes contractées par le religieux depuis sa profession ; parce qu'en effet on le juge ainsi dans le ressort du Parlement de Toulouse, & ce à l'exclusion de l'Abbé & Prieur Commandataire, qui n'y peut rien prétendre, contre la Jurisprudence qui s'observe au Parlement de Paris. *Cambolas, liv.* 4, *chap.* 1 ; *Catellan, liv.* 1, *chap.* 57.

TITRE VI.

Quibus ex causis manumittere non licet.

§. 1. *Licet Domino qui solvendo non est servum hæredem instituere, ut liber fiat, hæresque ei solus & necessarius, ne injuriâ defunctus afficiatur.*

PARMI nous on ne regarde pas, ainsi que chez les Romains, comme une ignominie pour la mémoire d'une personne décédée, que son hérédité soit répudiée & abandonnée à ses créanciers, qui font vendre & décréter ses biens sur la tête d'un curateur que le Juge nomme, avec lequel les créanciers font toutes les poursuites, & qui est toujours un Procureur du Siege où la distribution des biens est portée; auquel on se contente, pour toute formalité, de faire prêter le serment à l'Audience, de bien défendre l'hérédité jacente : cela n'arrive que trop souvent sans qu'on en soit scandalisé.

§. 3. *Tunc intelligimus impediri libertatem, cùm utroque modo fraudantur creditores, & consilio manumittentis & ipsa re, &c.*

Quant à ce qui est dit ici que l'affranchissement des esclaves étoit déclaré nul, lorsque les créanciers de celui qui leur donnoit la liberté, s'y trouvoient perdans, & que le maître avoit eu le dessein de les frauder; on peut en appliquer la décision, aux fraudes qui se pratiquent tous les jours dans les faillites & banqueroutes des débiteurs, par les transports, cessions, aliénations & contracts passés peu avant la faillite, ou par les appointemens & hypotheques que poursuivent des créanciers souvent supposés. Il y a à ce sujet un réglement du 2 juin 1667, fait pour la ville de Lyon, qui a été rendu général pour tout le Royaume par une déclaration du Roi du 18 novembre 1702, laquelle déclare nuls tous transports, cession & autres actes faits par les Marchands & Négocians qui viennent à faire faillite, s'ils n'ont été faits dix jours au moins avant la banqueroute publiquement connue : mais, outre que cette déclaration n'a pas été enrégistrée dans la province de Languedoc, on peut dire que le terme de dix jours ne forme qu'une présomption de fraude, qui doit cesser, lorsqu'il paroît que les choses se sont passées de bonne foi; ainsi cette matiere dépend entierement des circonstances.

Par un arrêt du Parlement de Toulouse du 24 mars 1696, dans la distribution des biens du sieur Borelly, il fut jugé qu'un créancier, qui avoit un contract de la veille de la banqueroute, avoit acquis valablement l'hypotheque dès ce jour-là, & n'étoit pas par conséquent obligé de suivre la loi du concordat passé par les autres créanciers.

Par un autre arrêt du 21 août 1706, au rapport de M. de Sénaux, une cession faite par le nommé Paulhan au nommé Prat, fut confirmée, n'y ayant

ayant lors de ladite ceſſion aucune ſaiſie ſur les biens dudit Paulhan, bien que le Syndic des créanciers rapportât trente-trois proteſts antérieurs à cette ceſſion.

Par un troiſieme arrêt du 5 juillet 1706, Rapporteur, M. de Gach, en la diſtribution de Louet, Marchand de Nîmes, certains de ſes créanciers furent déchargés de rapporter les ſommes qu'ils avoient reçues, ſur ce qu'il n'y avoit eu encore ni ſaiſie, ni fuite, quoiqu'on juſtifiât que ces paiemens avoient été faits après un grand nombre de proteſts, & après même une aſſemblée générale des créanciers.

Par un quatrieme arrêt rendu le 7 mars 1714 en la Grand'Chambre, après partage, au rapport de M. de Boriſta, la Dame de Reboul, épouſe de Me. Paradis, Viguier de Lunel, fut déclarée créanciere hypothécaire des ſieurs Chapelier, Villard & Compagnie, Marchands d'Uſez, en vertu de l'appointement de condamnation qu'elle avoit obtenu à la Bourſe de Montpellier, trois jours avant le concordat, attendu que lors de cet appointement il n'y avoit ni fuite, ni ſaiſie, ni ſcellé, quoique l'on rapportât d'autres appointemens pourſuivis par d'autres créanciers, & quelques aſſignations données dans le même temps.

Par un cinquieme arrêt du 25 juin 1516 en la Grand'Chambre, Rapporteur, M. de Lanes, le ſieur Boiſſier de la ville de Montpellier fut déclaré créancier hypothécaire du ſieur Jean Lages, Marchand de Nîmes, du jour de l'aveu de ſon billet fait quatre jours avant le concordat paſſé par les créanciers.

Enfin, par un ſixieme arrêt du mois de juin 1731 rendu en la troiſieme Chambre des enquêtes, au rapport de M. de Cauſſade, il fut jugé que Me. Flavard, Avocat de la ville d'Anduſe, étoit devenu créancier hypothécaire, en vertu d'un billet avéré quelques heures avant la remiſe du bilan, & un jour ſeulement avant la fuite de Courbeſſas, débiteur.

§. 5. *Juſtæ cauſæ manumiſſionis ſunt veluti ſi quis patrem, matrem, filium, &c.*

C'eſt à l'occaſion de la Juſtice des cauſes d'affranchiſſement uſitées chez les Romains, que M. *Boutaric* obſerve en cet endroit, que par les arrêts qu'on lit dans *Bardet*, *tom.* 1, *liv.* 1, *chap.* 72, & dans *le Journal des Audiences*, *tom.* 1, *liv.* 1, *chap.* 133, il a été jugé qu'un pere étoit tenu de racheter ſon fils de la captivité, & obligé de rembourſer la rançon qu'un tiers avoit payée, quoique ſans ſon ordre & ſans procuration de ſa part. Mais on peut demander ſi lorſque le pere a payé une rançon pour ſon fils, ou bien quelque amende & réparation civile, à laquelle le fils avoit été condamné, cela doit être imputé par le fils ſur ſa légitime, lorſque le pere n'a point parlé de cette imputation : ſur quoi *M. Lebrun*, *traité des Succeſſions*, *liv.* 2, *chap.* 3, *ſect.* 9, *n.* 20 *& ſuiv.* eſtime qu'il y a lieu à l'imputation, toutes les fois que la ſomme payée eſt de quelque importance, eu égard aux biens de la ſucceſſion & à

la part du légitimaire, ſans quoi le fils ne peut être obligé de rien imputer: ce que l'on peut appliquer auſſi à ce que les parens auroient payé pour déſenroller un enfant; mais avec quelque reſtriction, parce que l'enrollement n'eſt pas une captivité, & que ſi un pere a voulu avoir la ſatisfaction d'avoir ſon fils auprès de lui, plutôt que de le voir engagé dans le ſervice, il n'eſt même guere juſte qu'il la lui faſſe en quelque façon acheter.

Aut ancillam matrimonii habendi cauſa.

Si nous avions des eſclaves en France, il eſt hors de doute que le mariage du maître avec une de ſes eſclaves y ſeroit regardé comme une juſte cauſe d'affranchiſſement, puiſque l'édit de 1685 rendu pour les Iſles Françoiſes de l'Amérique, porte en l'article 9, que l'eſclave qui ſera épouſée par ſon maître, ſera par ce moyen affranchie, & les enfans nés du mariage, libres : cet édit ajoute ſeulement, par rapport à la pureté des mœurs, que ſi un maître après avoir eu des enfans de ſon eſclave, refuſe de l'épouſer, l'eſclave & les enfans ſeront confiſqués au profit de l'Hôpital, ſans pouvoir jamais être affranchis.

§. 7. *Non aliter minori viginti annis libertatem teſtamento dare concedimus, niſi decimum ſeptimum annum impleverit, & decimum octavum attigerit.*

C'eſt ſur l'argument pris de ce texte, que la plupart des Auteurs & des arrêts ſe ſont fondés pour décider que le légat ou le fidéi-commis laiſſé, lorſque le légataire ou le ſubſtitué aura atteint ſa vingt-cinquieme année, ou bien l'âge de vingt-cinq ans, lui eſt dû d'abord après la vingt-quatrieme année complette. *Vedel ſur Catellan, liv.* 2, *chap.* 94; *Boniface, tom.* 2, *pag.* 85, *&c.* Mais je me rangerois volontiers de l'avis de *M. Raviot, tom.* 2, *queſt.* 203, qui obſerve que dans notre langue ſur-tout il faut faire différence du cas où il eſt parlé d'avoir atteint la vingtieme ou vingt-cinquieme année, d'avec le cas où il eſt parlé d'avoir atteint un certain âge, comme, par exemple, celui de vingt-cinq ans: dans le premier cas, il ſuffit ſans doute que la vingt-cinquie me année ſoit commencée; le teſtateur a expliqué ſuffiſamment ſon intention, en parlant d'une telle année atteinte, & c'eſt-là où l'on doit appliquer la déciſion de ce paragraphe : dans le ſecond cas, tout au contraire, loin que le teſtateur ſe ſoit expliqué ſur le commencement de l'année, il a parlé d'un âge certain ou déterminé qui n'eſt jamais tel que lorſque les années qui le compoſent, ſont finies & révolues; ainſi, il faut avoir achevé la vingt-cinquieme année; parce qu'en effet on ne peut pas dire qu'on ait atteint l'âge de vingt-cinq ans, qu'après qu'on a accompli la vingt-cinquieme année; c'eſt-à-dire, l'âge auquel on a vingt-cinq ans. Delà vient que *Me. Deſpeiſſes*, qui n'eſt pas un Auteur à mépriſer, dit, *tom.* 2. *pag.* 185, *col.* 1, que le fidéicommis laiſſé, lorſque le fidéicommiſſaire ou légataire aura atteint certain âge, eſt conditionnel, & que la condition n'eſt cenſée arrivée qu'après qu'il a accompli ledit

âge. Delà vient encore que *M. Maynard, liv. 5, chap. 98*, rapporte un arrêt du mois de février 1584, par lequel il fut jugé qu'un légat fait par un oncle à son neveu, payable lorsqu'il auroit atteint l'âge de vingt-cinq ans, ne devoit être payé à ses héritiers & successeurs qu'après les vingt-cinq ans de son âge (s'il eût été en vie) accomplis & passés : il faut espérer qu'on goutera quelque jour cette distinction, qui est toute naturelle.

Cùm antiquitas hujusmodi ætati & pro aliis postulare concesserit.

Par le droit Romain il étoit permis à l'âge de dix-sept ans accomplis, de plaider & de postuler dans les juridictions pour autrui ; mais en France on ne peut plaider comme Avocat, qu'on n'ait été admis au serment ordinaire d'Avocat, après avoir pris ses grades & fait son cours d'étude dans une université du Royaume, pendant trois années, lesquelles on ne peut commencer qu'après seize ans accomplis. Et pour pouvoir postuler comme Procureur, il faut avoir des provisions du Roi, qui ne s'accordent guere qu'à l'âge de vingt-cinq ans, parce que ce sont des offices en titre.

TITRE VII.

De Lege Fusiâ Caniniâ tollendâ.

TOUT comme les loix Romaines avoient restreint la liberté d'affranchir les esclaves ; en France, le Roi par une déclaration du mois de décembre 1721, a non seulement défendu aux mineurs qui possedent des habitations dans les Colonies, de disposer de leurs esclaves avant d'avoir l'âge de vingt-cinq ans accomplis : mais de plus par une autre déclaration du 15 décembre 1738, art. 11, il a été ordonné que les maîtres qui ameneroient en France des esclaves avec les formalités & les précautions accoutumées, ne pourroient en aucun cas, ni sous aucun prétexte, les y affranchir autrement que par testament, & à la charge même que ces affranchissemens n'auront lieu, qu'autant que le testateur mourra pendant le cours des trois années, durant lesquelles il peut les retenir dans ce Royaume, à compter du jour qu'ils y sont arrivés.

TITRE VIII.

De his qui sui vel alieni Juris sunt.

Quædam personæ sui Juris sunt, quædam alieno Juri subjectæ.

JUSTINIEN parle ici des personnes qui sont soumises à la puissance d'autrui; savoir, en premier lieu, les esclaves qui acquéroient à leurs maîtres tout ce qu'ils gagnoient par leur industrie ou par la libéralité d'autrui, ou autrement, à quelque titre que ce fût, sans pouvoir en disposer, ni entre-vifs, ni à cause de mort; & la même chose s'observe, quant aux esclaves des Colonies Françoises, comme il est porté par l'article 28 de l'édit de 1685.

Les maîtres avoient même anciennement, comme il est dit dans ce titre, le pouvoir absolu de vie & de mort sur leurs esclaves, ce qui fut peu à peu mitigé : & pour ce qui est des esclaves qui se réfugioient dans dans les temples, ou auprès des Statues des Empereurs, pour fuir la colere de leurs maîtres, on peut seulement observer, que bien que par le Droit civil & par le Droit canonique les églises soient déclarées des lieux d'asyles & de franchise, pour mettre même les criminels à l'abri des poursuites de la Justice, *Tot. tit. cod. de his qui ad eccles. confug. & cap.* 6, *extr. de immun. eccles.* néanmoins les franchises n'ont pas lieu en France, ni en matiere criminelle, ni en matiere civile, sur-tout depuis l'ordonnance de 1539, qui, en l'article 166, a entierement aboli cet usage. *Vid. Boerius, decis.* 109 *&* 110.

Du reste, il est certain que ce Royaume est un lieu d'asyle pour les étrangers qui s'y refugient, & qui n'y peuvent être arrêtés qu'en vertu des lettres-patentes & par ordre du Roi, à moins qu'ils n'y eussent commis quelque nouveau crime, ou qu'il fût question d'un délit commis dans le pays étranger à l'égard d'un François. *Vid. Mornac sur l'Auth. quâ in provinciâ, cod. ubi de criminib. agi oporteat.*

On peut au surplus remarquer en passant, qu'il y a en France des villes qu'on appelle villes d'arrêt, au privilege desquelles l'ordonnance de 1667, tit. 34, art. 5, a déclaré n'entendre déroger; telle est par exemple, la ville de Montpellier, dont le statut en l'article 27 donne aux habitans le droit de faire arrêter les effets & la persone même de leurs débiteurs forains, qui y sont trouvés, en vertu d'une ordonnance sur requête du Sénéchal ou Présidial de ladite ville, jusqu'à ce qu'ils payent ou qu'ils baillent suffisante caution; mais on juge communément que les forains Etudians à Montpellier en Droit ou en Médecine, s'ils ne sont suspects de fuite, ne sont point compris dans la rigueur de ce statut, comme étant censés eux-mêmes régnicoles & habitans de Ville.

En second lieu, dans les provinces du droit écrit où nous suivons les loix Romaines,

Romaines, les enfans de famille y ſont entierement ſous la puiſſance de leur pere, comme nous le dirons ci-après; mais de plus, preſque toutes les coutumes de ce Royaume regardent les femmes mariées, comme étant, pour ainſi dire, ſous la puiſſance de leurs maris : ce qui produit cet effet, que durant le mariage une femme ne peut ni contracter, ni diſpoſer, ni eſter en jugement, ſans l'autorité & le conſentement formel de ſon mari, ou de la Juſtice à ſon refus. *Voyez la coutume de Paris, art.* 223 *&* 224; *Coquille ſur les cout. de Nivern. chap.* 23, *pag.* 245, *& en ſes inſtit. pag.* 75; *Bacquet, du droit d'Aubaine, chap.* 18, *n.* 5.

TITRE IX.

De Patriâ poteſtate.

In poteſtate noſtrâ ſunt liberi noſtri, quos ex juſtis nuptiis procreavimus.

LES enfans nés d'un mariage légitime & valable ſont ſous la puiſſance de leur pere, comme il eſt dit ici; car, cette puiſſance ne lui eſt acquiſe que par le mariage : ce qui montre qu'elle n'a point lieu ſur les enfans naturels & batards, *cùm neque genus neque gentem habeant*, la loi ne reconnoiſſant pour pere que celui qui a le mariage pour titre de ſa paternité : *pater enim eſt is, quem nuptiæ demonſtrant, leg.* 5, *de in-jus vocando.* Mais la mere ne jouit pas de ce droit de puiſſance, qui n'eſt réſervé qu'au pere; ce droit, ſuivant les premieres loix de Rome, s'étendoit juſqu'à donner pouvoir au pere de vie & de mort ſur ſes enfans, de les vendre & de les aliéner comme des eſclaves; ce qui fut corrigé & abrogé par les dernieres loix des Romains, que nous ſuivons aujourd'hui dans cette province de Languedoc & dans les autres pays de droit écrit, leſquelles ont réduit à certains chefs les effets de la puiſſance paternelle, ainſi que nous le verrons ailleurs; comme par exemple, que le pere a droit d'uſufruit & de jouiſſance ſur tous les biens adventifs de ſes enfans, ſoit qu'ils leur ſoient échus par ſucceſſion, ou qu'ils les aient acquis d'ailleurs : que l'enfant de famille ne peut pas s'obliger civilement pour argent prêté : que le pere peut ſubſtituer à ſes enfans pupilles; c'eſt-à-dire, faire teſtament pour eux des biens qui leur appartiennent en propriété : que les donations faites par les peres aux enfans qui ſont ſous leur puiſſance, quoique conçues entre-vifs, peuvent être révoquées par les peres juſqu'à leur mort, à moins qu'elles n'aient été faites en contract de mariage, étant conſidérées autrement comme des donations à cauſe de mort : que la preſcription ne court pas contre les enfans de famille, quoique majeurs pendant la vie de leur pere, pour les biens dont il a l'uſufruit : que le pere n'eſt jamais tenu de donner caution à ſes enfans pour quelque cauſe que ce ſoit, &c.

Dans les pays coutumiers, au contraire, les peres ne jouiſſent pas des mê-

mes avantages, n'ayant guere plus de droit sur la personne & les biens de leurs enfans, que les tuteurs en ont à l'égard de leurs pupilles; ce qui a fait dire à *Coquille*, *dans ses Instit. du Droit François*, *pag.* 106, que pour le général, en France le droit de la puissance paternelle n'est qu'imaginaire.

§. 1. *Nuptiæ autem, sive matrimonium, est viri & mulieris conjunctio, individuam vitæ consuetudinem continens.*

L'Empereur donne ici la définition du mariage, qu'il dit être la conjonction d'un homme & d'une femme unis d'un lien indissoluble durant toute leur vie : ce qui convient sur-tout à nos mœurs, puisque selon le Concile de Trente, *sess.* 24, le mariage étant une fois valablement contracté, est indissoluble, pour quelque cause que ce puisse être, même pour l'adultere de la femme; au lieu que chez les Romains le divorce étoit toléré, & les mariages pouvoient être dissous pour les causes marquées dans la loi *consensu*, *cod. de repudiis*, lesquelles parmi nous ne peuvent servir tout au plus qu'à faire ordonner une séparation de corps pour un certain temps, sans donner la moindre atteinte au lien du sacrement de mariage.

Les séparations même volontaires entre mariés & pour un long-temps, sont prohibées, & on les casse comme contraires aux bonnes mœurs, ainsi que je l'ai vu juger entr'autres par un arrêt d'Audience de la Grand'Chambre du Parlement de Toulouse, du 8 juillet 1729, pour le sieur Aubin, Contrôleur au Bureau des Postes de Montpellier, contre la Demoiselle Valade sa femme; cet arrêt faisant droit sur les lettres impétrées par le sieur Aubin, cassa la transaction portant séparation volontaire entre ces mariés pour neuf années, & ordonna que la femme adhéreroit incessamment à son mari.

§. 3. *Qui igitur ex te & uxore tuâ nascitur, in tuâ potestate est; item, qui ex filio tuo, &c.*

Tout ce que Justinien enseigne dans ce paragraphe, est observé, excepté que dans les pays coutumiers, les enfans ne sauroient par conséquent être jamais en la puissance de leur ayeul, quand même la puissance paternelle y auroit lieu; mais seulement en celle de leur pere. Ce n'est que dans cette province & autres lieux, où le mariage des enfans ne produit pas leur émancipation, & que l'ayeul paternel a en effet sur ses petit-fils & autres descendans, du côté du mâle, la même puissance qu'il a sur ses propres enfans : on n'observe pas même en Languedoc les articles de la coutume de Toulouse & de celle de Montpellier, qui veulent que les enfans soient émancipés par leur mariage, comme nous le dirons ci-après sous le Titre XII. de ce Livre.

TITRE X.

De nuptiis.

Juſtas nuptis inter ſe cives Romani contrahunt.

IL eſt ici parlé des ſeuls citoyens, Romains; parce qu'avec les étrangers, les déportats & les eſclaves, il n'y avoit point de mariage. Parmi nous au contraire, les eſclaves peuvent valablement ſe marier entr'eux dans ce Royaume, tout comme une perſonne Françoiſe peut auſſi ſe marier avec une perſonne étrangere. *Bacquet, traité du droit d'Aubaine, chap.* 4 *&* 5.

Par l'édit de 1685 rendu pour les Iſles de l'Amérique, art. 9 & 10, le maître, comme nous l'avons dit ci-devant, peut ſe marier avec ſon eſclave, qui par ce moyen eſt affranchie; & les eſclaves peuvent auſſi ſe marier entr'eux, avec le conſentement de leur maître, ſans qu'il ſoit beſoin de celui de leur pere & mere: il a été ſeulement ordonné, par l'article 10 de la déclaration du 15 décembre 1738, & par des raiſons particulieres, que les eſclaves Négres des Colonies, qui auront été envoyés ou amenés en France, ne pourront s'y marier, même du conſentement de leurs maîtres.

Maſculi quidem puberes, fœminæ autem viri potentes.

La puberté des hommes eſt, comme l'on ſait, fixée à l'âge de quatorze ans accomplis, & celle des filles à la douzieme année expirée, ſuivant qu'il eſt dit ci-après, *tit. quibus modis tutela finitur*; auquel temps les uns & les autres ſont réputés capables d'avoir des enfans, & de donner un conſentement valable au mariage. Les impuberes peuvent, à la vérité, ſe fiancer à l'âge de raiſon; c'eſt-à-dire, après l'âge de ſept ans, du conſentement de leurs peres, meres, ou tuteurs; & il leur eſt libre étant parvenus à la puberté, d'accomplir ou de refuſer le mariage. *Leg.* 14, *ff. de ſponſalibus*; *leg.* 4, *ff. de ritu nupt. cap.* 7 *&* 8, *extr. de deſponſat. impuber.* Mais le mariage fait avant la puberté accomplie, eſt nul ſans difficulté: cependant, ſi après la puberté les perſonnes ainſi mariées ont conſommé le mariage, ou même ſeulement cohabité enſemble & perſévéré dans le mariage pendant quelque temps, ce mariage eſt par-là validé, ſans pouvoir être déclaré nul, quoiqu'il le fût en effet dès le commencement. *Dict. cap.* 8 *&* *cap.* 8. *&* *cap. unic. eodem. in* 6°.

La profeſſion religieuſe eſt un mariage ſpirituel: & en France il n'étoit permis, par l'article 19 de l'ordonnance d'Orléans de 1560, de faire profeſſion religieuſe; ſavoir, aux mâles, qu'ils n'euſſent vingt-cinq ans, & aux filles, qu'elles n'euſſent vingt-cinq ans: ce qui étoit utile à l'Etat, d'autant plus qu'on voyoit moins de perſonnes ſe répentir d'un engagement qu'elles avoient pris avec plus de réflexion; mais par l'article 28 de l'ordonnance de Blois

de 1579, il fut permis de faire valablement profeſſion religieuſe à l'âge de ſeize ans accomplis, tant pour l'un que pour l'autre ſexe, conformément au Concile de Trente, *ſeſſ.* 25, cap. 15, *de regularib.* qui l'avoit auſſi fixée à cet âge. Cependant *Theveneau*, *liv.* 1, *titr.* 10, *pag.* 98, obſerve que cela n'avoit été accordé par le Concile, qu'aux inſtances des chefs des ordres religieux : que l'âge de ſeize ans n'eſt pas capable d'un tel engagement, & que par cette raiſon l'ordonnance d'Orléans n'auroit pas dû être changée en ce point par celle de Blois. On a parlé quelquefois de remettre les choſes à cet égard ſur le pied à peu-près qu'elles étoient par l'ordonnance d'Orléans, & cela ſeroit à ſouhaiter.

Au reſte, lorſqu'un religieux a fait une profeſſion nulle, ſoit pour avoir été fait avant l'âge requis, ſoit par crainte, violence, ou autrement, on juge néanmoins que cette profeſſion eſt validée & tacitement ratifiée, lorſque le religieux a enſuite demeuré cinq années ſans réclamer, à compter du jour de ſa profeſſion. *Catellan*, *liv.* 1, *chap.* 20 *&* 69 ; *les loix eccléſiaſtiques*, *part.* 3, *chap.* 12, *art.* 11 ; *Fevret*, *trait. de l'abus*, *liv.* 5, *chap.* 23.

Dumtamen, ſi filii familiarum ſunt, conſenſum habeant parentum, quorum in poteſtatem ſunt.

Le droit Romain n'exigeoit dans le mariage des enfans de famille, que le conſentement des peres ou ayeuls qui avoient les enfans en leur puiſſance, & comme un effet de cette même puiſſance paternelle ; mais en France ce n'eſt pas ſur la puiſſance paternelle que la néceſſité de ce conſentement eſt fondée, mais ſur l'honnêteté publique, ſur ce que le le mariage eſt l'affaire la plus importante de la vie, qui intéreſſe l'honneur des mariés & de leur parenté, la paix & le repos des familles, & enfin ſur la loi divine, qui, en commandant le reſpect & l'obéiſſance envers ceux dont on a reçu la vie, renferme implicitement une défenſe préciſe de ſe marier contre leur gré ou ſans leur avis : ainſi le conſentement des peres & meres de ceux qui ſe marient, eſt également néceſſaire, ſoit que les enfans ſoient émancipés ou non, & lorſqu'ils paſſent à des ſecondes nôces, tout comme lors des premieres : autrement ils peuvent être exhérédés. Voyez à ce ſujet l'ordonnance de Blois, art. 40, l'édit de 1556, l'ordonnance de 1606, art. 12, celle de 1629, art. 39, l'ordonnance du mois de novembre 1639, & l'édit du mois de mars 1697.

Si le pere eſt décédé, le conſentement de la mere qui lui a ſurvécu eſt abſolument néceſſaire ; car, quand le pere eſt vivant, ſon conſentement au mariage de l'enfant eſt ſeul ſuffiſant, & doit même l'emporter ſur l'avis contraire, ou ſur l'oppoſition de la mere.

Cependant ces mêmes ordonnances des nos Rois ont excepté un cas ; ſavoir, celui où les fils de famille ont trente ans paſſés, & les filles vingt-cinq ans accomplis ; car, elles leur permettent après cet âge, comme pour punir la négligence des parens à établir leurs enfans, de ſe marier ſans être

ſujets

ſujets à la peine de l'exhérédation, pourvu toutefois qu'ils aient requis leur avis & conſeil par écrit & par des actes ou ſommations, qu'on appelle *actes de reſpect*, & ſans être obligés d'attendre leur conſentement : ces actes de reſpect, qui, ſuivant l'uſage, ſe font au nombre de trois, peuvent être faits indifféremment, avant ou après le contract de mariage, ſuivant l'arrêt rapporté par le Commentateur de *Catellan*, *liv.* 4, *chap.* 30; & il y a un autre arrêt du 14 avril 1707, rendu en la Grand'Chambre du Parlement de Toulouſe, dans la cauſe du ſieur Raſcas de Beziers, contre ſon pere, qui a auſſi jugé qu'ils pouvoient être faits à des jours conſécutifs & ſans intervalle.

Bien plus, on oblige dans ce cas & on condamne les peres à doter leurs filles qui ſe marient ainſi contre leur volonté, même quelquefois, nonobſtant qu'elles aient du bien d'ailleurs : il y a des arrêts, & entr'autres un du 23 mars 1702, & un autre du 8 mars 1709, qui l'ont ainſi jugé.

M. Boutaric, Profeſſeur en droit François à Toulouſe, ajoute en cet endroit une autre exception, & dit que quand la mere eſt remariée, les enfans du premier lit, quoique mineurs, peuvent ſe marier ſans ſon conſentement, pourvu qu'ils l'aient requis par des actes de reſpect; mais c'eſt de quoi on peut douter à bon droit, cela n'étant point décidé par l'édit de 1556, qu'il cite, qui ne parle que des majeurs de vingt-cinq ou de trente ans; & *Graverol ſur Laroche*, *liv.* 2, *verb. mariage*, *art.* 36, *de même que Bretonier ſur Henrys*, *tom.* 2, *liv.* 5, *queſt.* 2, *de l'édition de* 1708, aſſurent le contraire; à moins qu'il ne fût queſtion d'une mere malverſant, ou proſtituée.

Du reſte, le conſentement des peres & meres eſt requis dans le cas même où le fils détenu en priſon, à la requête d'une fille qui l'accuſe de ſéduction, voudroit l'épouſer pour obtenir ſa liberté. *Catellan*, *liv.* 4, *chap.* 30. Et lors même que le pere eſt condamné à mort par défaut & par contumace, cette mort civile n'empêche pas que les enfans n'aient beſoin de ſon conſentement pour ſe marier. *Catellan*, *liv.* 4, *chap.* 8, & *Graverol ſur Laroche*, *liv.* 2, *verb. mariage*, *art.* 36.

Suivant la diſpoſition du droit, en la loi 10, *ff. de ritu nupt.* les enfans d'un pere abſent depuis trois ans, ſans qu'on en eût eu des nouvelles, & ſans qu'on pût ſavoir où il étoit, ni s'il vivoit, pouvoient valablement contracter mariage; mais je penſe que dans ce cas d'abſence, tout comme dans celui du mariage des enfans, dont les parens ſe ſont abſentés pour fait de religion, il faut s'en tenir à ſuivre la diſpoſition des déclarations du 6 août 1686, & du 14 mai 1724, art. 16, puiſque des parens Religionaires fugitifs ne doivent pas avoir plus de privilege que les autres, & qu'il y a dans l'un & dans l'autre cas la même raiſon priſe de l'intérêt public & de l'avantage des enfans qui ſe marient; qu'ainſi les enfans mineurs, dont les peres & meres ſe ſont abſentés depuis quelques annnées, ſans qu'on en ait eu aucunes nouvelles, ou ſe ſont retirés dans le pays étranger pour fait de religion, ou autrement, peuvent ſe marier valablement, ſans être ſoumis à la peine de l'ex-

hérédation, ni encourir les peines portées par les ordonnances, pourvu que le mariage ait été célébré de l'avis de leurs plus proches parens, ou en défaut, de leurs voiſins ou amis, au nombre marqué par leſdites déclarations, & de leurs tuteurs ou curateurs aſſemblés devant le Juge du lieu, duquel conſentement il doit être fait mention dans le contract de mariage & dans l'acte de célébration.

Les ordonnances de 1606, de 1629, & autres, dont nous avons parlé, veulent que les mariages contractés par les enfans de famille, mineurs de vingt-cinq ans, ſans le conſentement de leurs peres & meres, ſoient déclarés non valablement contractés; mais il n'y a que les peres & meres qui puiſſent pourſuivre la nullité des mariages ainſi faits ſans leur conſentement : *Soefve*, *tom.* 2, *chap.* 66; *Journal des Audiences*, *tom.* 5, *liv.* 8, *chap.* 1; & lorſqu'ils les attaquent, les Parlemens déclarent en effet ces mariages nuls & abuſifs, font défenſes aux parties de ſe fréquenter, & leur permettent de ſe marier ailleurs : ce qui paroît bien oppoſé au Concile de Trente, *ſeſſ.* 24, *cap.* 1, qui déclare ces mariages valables, & frappe d'anathême ceux qui ſoutiendroient le contraire; mais d'un côté les Auteurs obſervent que l'ancien uſage de l'égliſe étoit de déclarer ces mariages nuls : ce ne fut que dans la ſuite, depuis la compilation des décrétales juſqu'au temps du Concile de Trente, tenu en 1545, qu'on les déclara illicites, mais valables. Les Peres du Concile avoient même d'abord formé le deſſein de déclarer ces mariages nuls; mais enſuite ils ne crurent pas devoir rien changer à l'uſage établi depuis pluſieurs ſiecles, & en déclarant ces mariages illicites, ils ſe contenterent de condamner l'erreur des Luthériens & des Calviniſtes, qui ſoutenoient qu'ils étoient nuls de droit naturel & divin, & c'eſt le ſens qu'on peut donner à ce Concile. D'un autre côté, on peut dire que ce décret du Concile de Trente, ne concerne que la réformation & la diſcipline, & n'a pas entendu décider un point de dogme ou de foi : or, les décrets de ce Concile, qui ne regardent que la diſcipline, ne ſont reçus en ce Royaume qu'autant qu'ils ſont conformes à nos anciens uſages, ou aux ordonnances de nos Rois, qui mettent le défaut de conſentement des peres, meres, ou tuteurs, au nombre des empêchemens dirimans pour les mariages contractés par les enfans mineurs; parce que ces mariages ſont toujours regardés comme des effets de la ſubornation & de la ſéduction, & comme clandeſtins. *Vid. d'Hericourt*, *loix eccléſ. part.* 3, *chap.* 5, *du mariage*, *art.* 2, *n.* 73 *&* 74.

La difficulté eſt à l'égard du mariage contracté par un François mineur, ſans le conſentement de ſon pere, dans les pays étrangers où l'on ſuit abſolument le Concile de Trente, & l'on avoit d'abord jugé qu'un tel mariage ne pouvoit pas être déclaré nul, attendu qu'il ſemble qu'un mariage ne peut pas être valable pour un pays, & nul pour un autre : *Journal des Audiences*, *tom.* 1, *liv.* 1, *chap.* 24; *Fevret*, *tom.* 1, *liv.* 5, *chap.* 2, *n.* 14; *Boutaric*, *inſtit. hoc loco*. Mais cette Juriſprudence a changé, & l'on juge des tels ma-

riages nuls & abusifs, suivant un arrêt du Parlement de Paris de l'année 1716, rapporté par *d'Hericourt*, *loix eccléſ. part.* 3, *chap.* 5, *art.* 2, *n.* 74; car la minorité est une qualité personnelle, & les loix qui la concernent suivent le mineur & le lient en quelque pays qu'il aille : d'ailleurs la séduction, qui est le principal motif des ordonnances, n'est pas moins à craindre dans les mariages qui se contractent hors du Royaume; & s'il n'étoit question que de se marier hors du royaume, les fils de famille trouveroient un moyen facile d'éluder la disposition des ordonnances, & de mépriser la volonté de leurs parens : sur quoi voyez encore *l'Auteur des nouvelles notes sur Fevret*, *dict. loco*, *& liv.* 5, *chap.* 3, *in fine.*

Pour ce qui est des garçons majeurs de vingt-cinq ans, mais mineurs de trente ans, on ne juge pas aujourd'hui leurs mariages nuls par le seul défaut de consentement des peres & meres; cela fondé sur ce que les ordonnances ne déclarent non valablement contractés que les mariages des fils mineurs qui sont sous la puissance des peres, meres, tuteurs, ou curateurs, & que le rapt de séduction, qui est le motif des ordonnances, n'est pas présumé après la majorité. *Journal des Audiences*, *tom.* 5, *liv.* 6, *chap.* 25, *& liv.* 7, *chap.* 48; *Bardet*, *tom.* 2, *liv.* 3, *chap.* 12, *& liv.* 5, *chap.* 11; *d'Hericourt*, *loix eccléſ. part.* 3, *chap.* 5, *art.* 2, *n.* 74 *& 75*; *l'Auteur des nouvelles notes sur Fevret*, *liv.* 5, *chap.* 2, *n.* 13. Mais, suivant ces mêmes Auteurs, les enfans qui sont ainsi mariés, sont sujets à la peine de l'exhérédation.

Au reste, l'ordonnance de 1639, article 2, semble avoir voulu ôter aux peres & meres la liberté même de pardonner ou de remettre aux enfans qui se sont mariés sans leur consentement, la peine de l'exhérédation, en ordonnant qu'elle seroit encourue de plein droit, & que les biens qui leur seroient laissés, seroient confisqués au profit des hôpitaux; mais cette disposition n'est point exécutée à la rigueur, & on juge que dès que les parens se sont reconciliés avec leurs enfans, qui s'étoient mariés sans leur consentement, ils ne peuvent plus les exhéréder; que la réconciliation bien prouvée est même suffisante pour rendre inutile l'exhérédation faite auparavant, quoique le pere ne l'ait pas révoquée par aucun acte, ou déclaration expresse. *Vid. l'Auteur des nouvelles notes sur Fevret*, *liv.* 5, *chap.* 2, *n.* 12; comme aussi on tient que quoiqu'il n'y ait pas eu de réconciliation, la peine d'exhérédation n'a lieu, que lorsque les peres ou meres ont deshérité leurs enfans, nommément & par un acte formel. *D'Hericourt*, *dict. loc. n.* 75.

Quant aux enfans mineurs de ving-cinq ans, on a douté si la peine de la nullité de leur mariage peut concourir tout à la fois avec leur exhérédation; c'est-à-dire, si le pere après avoir fait déclarer le mariage nul, peut encore exhéréder son fils, & la plus commune opinion est que le pere n'a que le choix : ensorte que, s'il a poursuivi la cassation du mariage, il ne peut plus exhéréder son fils, parce que le mariage étant annullé, l'exhérédation se trouveroit faite sans sujet & sans cause. *Vid. Bardet*, *tom.* 2, *liv.* 3, *chap.* 12.

Les ordonnances dont nous avons parlé, exigent pour la validité des mariages des enfans mineurs de vingt-cinq ans, dont les peres & meres ſont décédés, le conſentement de leurs tuteurs ou curateurs; mais en même tems il eſt défendu à ceux-ci, ſous peine de punition exemplaire, pour qu'ils n'abuſent pas de leur pouvoir, d'accorder aucun mariage de leurs mineurs, que de l'avis des plus proches parens, tant paternels que maternels deſdits mineurs. *Vid. l'Ordonnance de Blois, art.* 43; *la déclaration du* 15 *février* 1721; *Theveneau, liv.* 2, *tit.* 2, *art.* 9; *d'Hericourt, loix eccléſ. part.* 3, *chap.* 5, *art.* 2, *n.* 78.

Il y a un arrêt du 7 juillet 1713, rendu en l'audience Tournelle du Parlement de Toulouſe, entre M. de la Brouë, Evêque de Mirepoix, & le ſieur Lautier, Tréſorier de France en la Généralité de Montauban, ſon neveu, qui reçut M. de Mirepoix oppoſant envers le mariage du ſieur de Lautier, ſon neveu, avec la Demoiſelle de Vic, fille d'un Chirugien de ladite ville de Moutauban; comdamna le curateur du ſieur Lautier, qui avoit aſſiſté au contrat de mariage, en cinq livres d'amende, pour y avoir conſenti ſans l'avis des parens, & attendu la méſalliance, & ordonna au ſurplus une aſſemblée des parens à ce ſujet.

On peut auſſi remarquer, qu'à l'exception du cas de minorité & d'une grande méſalliance, qui font préſumer la ſubornation du mineur, on ne reçoit pas les curateurs ni les collatéraux à s'oppoſer au mariage de leurs parens; cela a été jugé par pluſieurs arrêts.

In tantum, ut juſſus parentis præcedere debeat.

Cette déciſion n'eſt pas en uſage parmi nous, & il n'eſt pas abſolument néceſſaire que le conſentement des peres & meres précede le mariage: il ſuffit qu'ils conſentent au mariage, ou qu'ils l'approuvent, après qu'il a été contracté, comme *Vinnius* lui-même le remarque ſur ce texte; auſſi les ordonnances ne parlent-elles que des enfans qui contractent mariage contre le gré, vouloir & conſentement, & au deſçu de leurs peres & meres: d'ailleurs nous avons déja dit, que la réconciliation empêche même les peres & meres de pouvoir exhéréder leurs enfans.

Permiſſum eſt filium quoque furioſi matrimonium ſibi copulare.

Juſtinien entend parler ici de la loi 25, *cod. de nuptiis*, qui, pour la validité du mariage du fils d'un homme furieux ou inſenſé, exige l'avis du curateur de cet inſenſé, de ſes parens, & du Juge des lieux ou de l'Evêque diocéſain; mais cette loi n'eſt pas ſuivie en France, où l'on n'a pas beſoin en ce cas de l'avis des Juges, & moins encore de celui de l'Evêque: le furieux ou inſenſé, *abſentis loco habetur, leg.* 124, §. 1, *ff. de reg. jur.* & en le regardant comme abſent, ſes enfans mineurs n'ont beſoin, pour ſe marier, que d'avoir l'avis de leurs plus proches parens, alliés ou voiſins,

&

& de leur tuteur ou curateur, comme je l'ai déja dit à l'égard des enfans des perſonnes qui ſe ſont abſentées du Royaume. Voyez *Soefve*, *tom.* 2, *cent.* 4, *chap.* 59.

Du reſte, un homme peut ſe marier, quoiqu'il ſoit imbécille, niais, ou foible d'eſprit, pourvu qu'il ne ſoit pas tout-à-fait privé de ſens, & qu'il n'ait pas l'eſprit affoibli juſqu'à ne ſavoir ce qu'il fait; & pour ce qui eſt des perſonnes furieuſes, inſenſées, ou en démence, elles peuvent encore contracter mariage, pourvu qu'elles aient des intervalles dilucides. *Vid. Fevret*, *tom.* 1, *liv.* 5, *chap.* 3, *n.* 37; *Bardet*, *tom.* 2, *pag.* 467; *Boniface*, *tom.* 1, *liv.* 5, *tit.* 5, *chap.* 2; *loix eccléſ. part.* 3, *art.* 2. *n.* 52.

Le ſourd & muet de naiſſance peut auſſi varier valablement, parce qu'il ſuffit qu'il puiſſe manifeſter ſa volonté & ſon conſentement par des ſignes qui ſont en cette matiere auſſi efficaces que la parole. *Fevret*, *ibid. n.* 36, *in fine. Loix eccléſ. ibid. n.* 53; *Soefve*, *tom.* 2, *cent.* 1, *chap.* 82; & il faut dire la même choſe des perſonnes aveugles, des prodigues interdits, & autres de cette eſpece.

§. 1, 2, 3, 4 & 5. *Inter patrem & filiam, vel matrem & filium, & uſque in infinitum.*

Inter fratrem ſororemque nuptiæ prohibitæ ſunt.
Fratris vel ſororis filiam ducere non licet, &c.

Le mariage eſt prohibé, de droit divin & naturel, entre les aſcendans & les deſcendans juſqu'à l'infini, en quelque degré qu'ils ſoient: de ſorte que, comme diſent les auteurs par une penſée aſſez biſarre, ſi Adam reſſuſcitoit, il ne pourroit prendre aucune femme de celles qui vivent ſur la terre pour ſe marier avec elle; & en la ligne collatérale, le mariage eſt auſſi étroitement défendu au premier degré, qui eſt celui de frere & ſœur, cette prohibition étant regardée, pour ainſi dire, comme de droit naturel, & les diſpenſes en ce cas ſeroient déclarées abuſives.

Pour ce qui eſt des autres collatéraux, le droit civil défend le mariage à tous ceux qui tiennent lieu entr'eux de parens & d'enfans, comme entre les oncles, tantes, neveus ou nieces, c'eſt-à-dire, dans la ligne collatérale inégale juſqu'à l'infini; mais par le droit canonique, que nous ſuivons en France en fait des mariages, parce que les ordonnances de nos Rois ont voulu qu'il fût en cette matiere notre Droit François, comme il réſulte de l'ordonnance de 1561, art. 9; & de celle de 1567, art. 10; le mariage n'eſt défendu entre les collatéraux que juſqu'au quatrieme degré incluſivement, & non au-delà, ſans diſtinguer même ſi les collatéraux ſont entr'eux en ligne égale ou inégale. *Cap.* 8. *extr. de conſanguin. & affinitate.*

Dans les degrés même prohibés, & ſi l'on en excepte le premier de-

gré des freres & sœurs, soit germains, soit consanguins, ou utérins, & même bâtards, le droit canonique souffre ou tolere les dispenses, comme entre cousins germains, ou entre les oncles & nieces, tantes & neveus, le Concile de Trente, *sess.* 24, *cap.* 5, permettant ces dispenses au second degré, dumoins entre Princes, ou pour grande & juste cause : *Vid. Theveneau, liv.* 2, *tit.* 2, *art.* 12 ; *Fevret, liv.* 5, *chap.* 3, *n.* 2, 3, 4 *&* 5 ; & dans les degrés plus éloignés, la plûpart des Evêques sont en possession d'accorder la dispense au quatrieme degré de parenté ; & même quelquefois au troisieme. *Vid. Catellan & Vedel, liv.* 1, *chap.* 28 ; *loix eccléf. part.* 3, *chap.* 5, *art.* 3, *n.* 15.

Il faut ajouter, qu'en matiere de mariages, on ne compte pas les degrés selon le droit civil, par lequel un colatéral est éloigné de l'autre d'autant de degrés qu'il y a de générations entr'eux, en montant de l'un des collatéraux à la souche commune, & delà descendant jusqu'à l'autre collatéral ; mais bien selon le droit canonique, suivant lequel les degrés se comptent en calculant seulement les générations, par lesquelles celui qui veut se marier, est descendu de la tige commune : ensorte qu'un dégré du droit canonique en contient deux du droit civil, les freres faisant le premier degré, les cousins-germains le second, & ainsi des autres ; & lorsqu'un des collatéraux est plus éloigné de la souche commune que l'autre, le droit canonique compte encore les degrés sur le nombre seulement des générations, par lesquelles le collatéral le plus éloigné est distant de la tige : *Quoto gradu remotior distat à stipite, eo gradu distant inter se. Cap.* 9 ; *extr. de consang. & affin.* de sorte que le mariage est permis, lorsque l'une des parties est éloignée de cinq degrés de la souche commune, quoique l'autre soit au quatrieme degré. On peut voir, outre les auteurs déja cités, *Despeisses, tom.* 1, *pag.* 253 ; *& le Journal du Palais, tom.* 1, *pag.* 185.

§. 6. *Affinitatis quoquè veneratione, à quarumdam nuptiis abstinere necesse est.*

Il est ici parlé de l'affinité ou alliance qui forme un obstacle au mariage, & cette alliance consiste en ce que les parens d'un homme marié deviennent les alliés de sa femme, *& vice versa*, & à cause de cette affinité il est défendu à certains d'entr'eux de se marier avec le conjoint survivant : je dis que les parens du mari deviennent les alliés de sa femme, & ceux de la femme les alliés du mari ; mais les parens d'une personne mariée ne sont du tout point alliés des parens de l'autre marié : *cap. quod super. extr. de consang. & affinit.* ensorte qu'ils peuvent légitimement se marier ensemble : comme, par exemple, deux freres peuvent épouser deux sœurs, & le fils de l'un des mariés peut épouser la fille de l'autre du premier lit. §. 8, *infrà hoc titulo.*

Les degrés d'alliance ou d'affinité ſe comptent comme ceux de conſanguinité, de maniere que le mari & la femme étant regardés *tanquam una caro*, celui qui eſt parent d'une femme mariée, eſt allié du mari au même degré qu'il eſt parent de ſa femme; ainſi le droit canonique régle l'empêchement provenant de l'alliance, de la même façon que celui qui vient de la conſanguinité ou parenté : *cap. non debet. extr. de conſang. & affinit.* de ſorte que l'alliance en ligne directe forme toujours un obſtacle au mariage, & en ligne collatérale cet empêchement va juſqu'au quatrieme degré; on accorde pourtant des diſpenſes à l'égard des degrés d'affinité, qu'on n'accorderoit pas en matiere de conſanguinité : comme, par exemple, d'épouſer en ſecondes nôces la ſœur de ſa femme. *Vid. Fevret, & ſon Commentateur, liv. 5, chap. 3, n. 6, 7 & 8; les loix eccléſ. part. 3, chap. 5, art. 3, n. 17; l'arrêt du 22 janvier 1683, au tome 2, du journal du palais, pag. 377; Theveneau, liv. 2 tit. 2, art. 12.*

L'alliance peut ſe contracter non ſeulement par le mariage légitime, mais même par un commerce illicite, avec cette différence néanmoins que ce n'eſt qu'une alliance improprement dite, & que par le Concile de Trente, *ſeſſ. 24, de reform. cap. 4*, celle-ci n'empêche le mariage que juſqu'au ſecond degré daffinité inclus, en ligne collatérale, c'eſt-à-dire, que celui qui a eu un commerce criminel avec une femme, ne peut épouſer ni la mere, ni la fille, ni la ſœur de cette femme, non plus que la tante, la niece, ni la couſine germaine. *Vid. Theveneau, dicto loco. Les loix eccléſ. part. 3, chap. 5, art. 2, n. 25; la bibliotheq. canoniq. tom. 1, pag. 514; Fevret, liv. 5, chap. 3, n. 9.* L'auteur des nouvelles notes ſur *Fevret, ibid.* dit que dans l'uſage on diſtingue : car ſi la fornication eſt publique, on a coutume de recourir au Pape pour en être diſpenſé; & ſi elle eſt ſecrette, il ſuffit de recourir à la diſpenſe de l'Evêque.

Il faut au ſurplus prendre garde que la parenté ou conſanguinité, qui réſulte d'un commerce criminel, produit néanmoins le même effet & le même empêchement que celle qui provient du mariage : enſorte qu'on ne peut épouſer ni ſes aſcendans ou deſcendans bâtards, ni ſes freres ou ſœurs bâtards, ou autres collatéraux, juſqu'au quatrieme degré incluſivement; ce qui eſt fondé ſur la loi 54, *ff. de ritu nuptiarum*, qui n'a reçu aucun changement par le droit canonique. *Vid. Fevret, tom. 1, liv. 5, chap. 3, n. 3.*

Il ſe contracte une affinité ſpirituelle, par le moyen du baptême, entre la perſonne baptiſée & ceux qui l'ont tenue ſur les fonds baptiſmaux, de même qu'entre ceux-ci & les pere & mere de l'enfant baptiſé : enſorte que le parrain ne peut épouſer ſa filleulle, ni la marraine ſon filleul, ou le pere de ſon filleul, ſans une diſpenſe; on a même voulu étendre & établir cette affinité ſpirituelle entre le parrain & la marraine, mais du moins celle-ci ne forme aucun empêchement au mariage d'entre ces deux perſonnes.

Vid. d'Hericourt, loix eccléſ. part. 3, chap. 5, art. 2, n. 28, & ſuiv. Le Journal des Audiences, tom. 4, chap. dernier.

Quia eadem duobus nupta eſſe non poteſt; quia duas uxores eodem tempore habere non licet.

Il eſt étroitement défendu d'épouſer une ſeconde femme pendant la vie de la premiere, ou de ſe marier à un autre mari, tandis que le premier vit encore; c'eſt le crime qu'on appelle bigamie, ou poligamie, & qui profane la dignité du mariage, renfermant tout à la fois en ſoi l'adultere & le ſacrilege; ainſi le lien d'un premier mariage eſt un empêchement dirimant, tant qu'il ſubſiſte, pour en contracter un ſecond, & cet empêchement eſt même de droit naturel & divin, ſur-tout à l'égard de la femme; la peine de ce crime n'eſt pas néanmoins de mort, parce qu'elle n'eſt infligée pour ce ſujet par aucune loi, quoiqu'il y ait eu anciennement quelque arrêt qui l'ait prononcée; on condamne ſeulement aujourd'hui les hommes aux galeres, & les femmes au banniſſement, après avoir été préalablement attachés au carcan, les hommes portant deux quenouilles & les femmes deux chapeaux, mais ceci eſt plutôt une eſpece de dériſion. *Vid. le journal du palais, tom 2, pag. 972; Bretonier ſur Henrys, tom. 1, liv. 4, queſt. 98; Fevret, traité de l'abus; liv. 5, chap. 3, n. 12 & 13; du Rouſſeaud de la Combe, matier. crimin. pag.* 39.

Les femmes même, quelque longue que ſoit l'abſence de leur mari, ne peuvent pas paſſer à de ſecondes nôces ſous prétexte de cette abſence; mais il faut qu'elles aient auparavant une preuve aſſurée & certaine de ſa mort. *Novella* 117, *cap.* 11; *& Authent. hodiè, cod. de repudiis, cap. in præſentiâ, extr. de ſponſalib. & cap. dominus, extr. de ſecund. nup.* Cette preuve en France doit ſe faire, ou par l'extrait mortuaire en bonne forme, ou ſi le mari eſt mort à l'armée, par le certificat de l'Officier ſous lequel il ſervoit; ou enfin par un certificat ou enquête des perſonnes dignes de foi, au cas qu'il ſoit mort dans un lieu où l'on ne tient pas de régiſtres des ſépultures, ou que leſdits régiſtres fuſſent perdus; car quoique le mari fût allé dans des pays fort lointains, le bruit commun de ſa mort ne ſuffiroit pas, ſi l'on n'en donnoit d'autres preuves convaincantes; bien plus, s'il arrive qu'on ait remarié une femme ſur la foi de certificats faux, qu'on a cru véritables, & que le premier mari ſe préſente, elle doit retourner avec lui, & le ſecond mariage eſt nul de plein droit. *Can. cùm per bellicam, cauſ.* 34, *queſt.* 1; ſeulement s'il y a des enfans nés du ſecond mariage, on les déclare légitimes, à cauſe de la bonne foi des parties, & habiles à leur ſuccéder. *Cap. penult. extrà. qui filii ſint legitim.* Voyez ſur ce que deſſus, *du Rouſſeaud de la Combe, dict. loc' pag.* 39; *d'Hericourt, chap.* 5, *du mariage, art.* 2, *n.* 56 *&* 57; *Fevret, tom.* 1, *liv.* 5, *chap.* 3, *n.* 29 *&* 30, *Journal du Palais, tome* 1, *page* 494; *Louet & Brodeau, lettre L. chapitre* 14; *Albert*

Albert, lettre A article 10; *Laroche, livre* 6, *verbe mariage, art.* 1.

§. 7, *Socrum quoquè & novercam prohibitum eſt uxorem ducere.*

Nous avons déja dit : l'alliance en ligne directe empêche le mariage, comme la parenté dans la même ligne, & en quelque degré que ce ſoit. *D'Hericourt, loix eccléſ. part.* 3, *chap.* 5, *art.* 2, *n.* 23; *Vid. Fevret, liv.* 5, *chap.* 3, *n.* 6, *& l'Auteur des nouvelles notes, ibid.*

§. 9, *Conſtat nec ſponſam filii nurum eſſe, nec patris ſponſam novercam eſſe; rectiùs tamen facturos qui ab hujuſmodi nuptiis abſtinuerint.*

L'Empereur parle ici de l'empêchement qu'on appelle d'honnêteté publique, enſorte que le pere, par la conſidération de cette honnêteté, ne peut épouſer la fiancée de ſon fils, ni le fils la fiancée de ſon pere, ni le fiancé de la mere épouſer la fille, ou le fiancé de la fille épouſer la mere : cet empêchement, qui n'eſt formé que par les ſimples fiançailles demeurées ſans effet, a été reſtreint par le Concile de Trente, *cap.* 3, *ſeſſ.* 24, au premier degré, c'eſt-à-dire, à ne pouvoir épouſer ſans une diſpenſe ni la fiancée de ſon pere ou de ſon frere, ni la ſœur de ſa fiancée, & il a été même entiérement ſupprimé toutes les fois qu'il y a eu quelque nullité dans les fiançailles. *Si modò ſponſalia quâcumque ratione valida non fuerint.*

Mais il ne faut pas confondre cet empêchement provenant des ſimples fiançailles, avec celui que produit un mariage célébré & accompli, mais qui n'auroit pas été conſommé ; car le Concile de Trente n'a rien changé pour ce dernier point aux anciens Canons, qui étendent l'empêchement d'honnêteté produit par un mariage non conſommé ou annullé par impuiſſance, ou autrement, juſqu'au quatrieme degré, tout comme l'empêchement qui provient de la parenté. *Vid. loix eccléſ. part.* 3, *ch.* 5, *art.* 2, *n.* 38 *& 39; Fevret & ſon Commentateur, liv.* 5, *chap.* 3, *n.* 2 *& 9; Rebuffe, ptax. benef. part.* 3, *de diſpenſ. in gradib. prohib. gloſſ. n.* 5 45, *& ſuiv.*

Au ſujet des empêchemens dont nous venons de parler, qui proviennent de la parenté en ligne collatérale, de l'alliance, de l'honnêteté publique, &c. on doit remarquer qu'on peut en obtenir la diſpenſe, non ſeulement avant que de ſe marier, mais même après le mariage : mais on a douté, comme l'obſerve *M. Boutaric* en cet endroit d'après *M. Bardet, tom.* 2, *liv.* 8. *ch.* 12, ſi une diſpenſe qui n'auroit été obtenue qu'après la mort de l'un ou de l'autre des mariés, parens en un degré prohibé, & dont l'Egliſe peut diſpenſer, pourroit avoir un effet rétroactif pour valider le mariage, ſur quoi l'on peut dire avec l'Auteur des nouvelles notes ſur *Fevret, liv.* 5, *chap.* 3, *n.* 5, *vers la fin*, que ſi les contractans, qui ſe ſont ainſi mariés, ont été dans la bonne-foi, le mariage ſera regardé comme valable, & que l'état des enfans eſt aſſuré, ſans qu'il ſoit beſoin même de diſpenſe après la mort ; mais que s'ils ont ſu l'empêchement, la diſpenſe

qui eſt obtenue après la mort, ne peut guere rendre le mariage valide, ni avoir un effet rétroactif, pour donner à la veuve & aux enfans les ſuites civiles du mariage.

On a demandé encore ſi la diſpenſe ayant *été obtenue* après le mariage, mais pendant la vie des mariés, l'un ou l'autre pouvoit s'oppoſer à la fulmination de cette diſpenſe, & refuſer de réhabiliter le mariage, ſans qu'on pût l'y obliger; le conſentement aux mariages devant toujours être libre, il ne paroît pas qu'on puiſſe forcer une des parties à conſentir de réitérer un mariage qui ſe trouveroit nul, parce qu'en effet pour réhabiliter un mariage, c'eſt-à-dire, pour le célébrer de nouveau, il faut un nouveau conſentement des parties qui faſſe la matiere du Sacrement, & qu'on ne peut jamais contraindre des parties à faire un mariage forcé : cependant il y a des cas où les Parlemens, en ſe conformant à l'eſprit de l'édit du mois de juin 1697, obligent les parties à réhabiliter & célébrer de nouveau le mariage; & cela eſt juſte toutes les fois que la nullité ne provient que d'un défaut de cérémonie eſſentielle, telle que la préſence du propre Curé, ou quand l'empêchement dirimant peut être levé par une diſpenſe, comme à l'égard des mariages célébrés entre des parens au troiſieme ou quatrieme degré, ou quand il y a de la fraude de la part de l'un des mariés; car alors en prononçant ſur la nullité du mariage, on ordonne qu'il ſera procédé de nouveau à la célébration. *Vid. Bardet, tom.* 2, *liv.* 7, *chap.* 12, *& liv.* 8, *chap.* 24; *d'Hericourt, loix eccléſ. part.* 3, *ch.* 5, *art.* 2, *n.* 50, *in fine, & art.* 4, *n.* 24 *&* 25.

§. 10, *Illud certum eſt ſerviles cognationes impedimento nuptiis eſſe.*

Nous avons déja remarqué au commencement de ce titre, que parmi les chrétiens, le mariage n'eſt pas interdit aux eſclaves; car c'eſt un Sacrement auquel par conſéquent il ne leur doit pas être défendu de participer, parce qu'en ce qui eſt de la grace & des Sacremens, *non eſt acceptio perſonarum apud Deum*, & cela eſt conforme à la diſpoſition du droit canonique, *toto tit. extr. de conjugio ſervorum.*

A plus forte raiſon, ceux qui ſont morts civilement pour avoir été condamnés, ou contradictoirement, ou par défaut & contumace, à une peine qui emporte mort civile, comme de mort, des galeres perpétuelles, ou du banniſſement perpétuel hors du Royaume, ſont capables du mariage, & peuvent ſe marier valablement : de-là vient que l'ordonnance de 1639, art. 6, n'a fait autre choſe que déclarer ces mariages incapables de produire des effets civils; enſorte que bien que le mariage ſoit bon quant au lien du Sacrement, la femme qu'un homme condamné à mort civile a épouſé dans cet état, ne peut pas demander ſes conventions matrimoniales, & que les enfans qui ſont procréés de ce mariage, ſont privés de toutes ſucceſſions

Voyez *les loix eccléſ. part.* 3, *chap.* 5, *art.* 2, *n.* 85; *Fevret*, *liv.* 5, *chap.* 3, *n.* 18.

Mais on a été en conteſtation pour ſavoir ſi lorſqu'un condamné à mort par contumace, & qui s'eſt marié depuis cette condamnation, vient à mourir durant la cinquieme année que l'ordonnance de 1670 accorde pour purger la contumace, ſon mariage doit valoir ou non quant aux effets civils, comme s'il décédoit dans un tems libre *& integri ſtatûs.*

L'ordonnance dont nous venons de parler, titre 17, art. 29; porte que le condamné à une peine emportant mort civile, qui décédera après les cinq années de l'exécution figurative de la ſentence de contumace, ſans s'être repréſenté ou avoir été conſtitué priſonnier, ſera réputé mort civilement du jour de l'exécution de la dite ſentence; mais elle permet auſſi par l'article 1, du titre 27, à la veuve, aux enfans & parens du condamné, de purger ſa mémoire, en ſe pourvoyant contre le jugement de condamnation, & de remettre par ce moyen les choſes au même état qu'elles étoient avant ce jugement; deſorte que pendant leſdites cinq années on peut regarder l'état du condamné comme en ſuſpens, & que ce condamné venant à mourir dans le cours de ces cinq années, ſon mariage doit être valable, même quant aux effets civils, ſi la veuve & les enfans ſont en état & parviennent à purger ſa mémoire, faute de quoi ce mariage ne peut valoir que quant au Sacrement, ſans produire aucuns effets civils. *Vid. Lebrun, traité des ſucceſſions, liv.* 1, *chap.* 2, *ſect.* 3; *Louet & Brodeau, lett. E, chap.* 8; *Fevret, liv.* 5, *chap.* 3, *n.* 18.

Du reſte, après ces cinq années ce n'eſt que par une faveur ſinguliere du Roi accordée par lettres patentes, qu'on peut être reçu à purger la mémoire du condamné, ſuivant l'article 2, du même titre 27.

Ce que nous avons dit du décès du condamné pendant la contumace, ne doit pas s'appliquer à la mort du condamné non contumax arrivée pendant l'appel du jugement de condamnation; car s'il s'eſt marié pendant l'appel & qu'il meure avant la déciſion de l'appellation, il meurt *integri ſtatûs*; ainſi ſon mariage ſubſiſte même quant aux effets civils, les ſucceſſions intermédiaires qui lui ſont échues, lui ſont dûes, & paſſent également à ſes héritiers; parce que la mort a éteint ſon crime, & qu'ayant évoqué, comme diſent les Auteurs, la cauſe au tribunal de Dieu, il n'eſt plus permis aux hommes d'y toucher.

Il faut dire la même choſe du contumax qui ſe ſeroit repréſenté, ou qui auroit été conſtitué priſonnier durant les cinq années de la contumace, & qui décéderoit avant d'être jugé, parce qu'il mourroit auſſi en poſſeſſion de ſon état, les défauts & contumaces ayant été mis de plein droit au néant par ſa repréſentation, ſuivant l'article 18 du titre 17 de l'ordonnance de 1670; mais il en ſeroit autrement, ſi avant ſa mort il y avoit eu un arrêt de condamnation; & de-là vient que ſi un condamné à mort naturelle ou

civile par ſentence, en appelle, qu'il ſe marie pendant l'appel, & que la ſentence vienne à être confirmée par arrêt avant ſa mort, il n'eſt plus *integri ſtatûs*, & il demeure incapable de tous les effets civils; car quoiqu'on diſe qu'en matiere criminelle l'appel éteint le jugé, c'eſt-à-dire, qu'il tienne toutes choſes en ſuſpens, néanmoins l'arrêt qui confirme a un effet rétroactif au premier jour du jugement, & rend le condamné incapable du mariage quant aux effets civils, de ſuccéder & de teſter, à compter du jour de la ſentence. *Vid. Lebrun, traité des ſucceſſions, liv.* 1, *chap.* 2, *ſect.* 3; *Louet & Brodeau, lettr. C. chap.* 25; *Fevret & ſon Commentateur, liv.* 5, *chap.* 3, *n.* 19 & 20; *Richard, tom.* 1, *part.* 1, *chap.* 3, *ſect.* 4, *n.* 240.

§. 2, *Sunt & aliæ perſonæ quæ propter diverſas rationes nuptias contrahere prohibentur.*

Juſtinien entend ſans doute parler dans ce texte, tant de ceux à qui le mariage eſt entiérement interdit; que de ceux à qui il n'étoit défendu qu'avec certaines perſonnes.

Suivant le Droit Romain, en la loi *cum ancillis*, *cod. de inceſt. & inutilib. nuptiis*, il n'y avoit pas de mariage valable des perſonnes libres avec des eſclaves; mais nous avons déja dit qu'il en eſt autrement parmi nous, quant aux eſclaves que nous avons dans les Colonies.

Il eſt néamoins vrai que l'erreur, par rapport à la liberté ou à l'eſclavage d'une perſonne qu'on épouſeroit, ſeroit un empêchement dirimant qui rendroit le mariage nul, comme ſi un homme libre avoit épouſé une eſclave, croyant qu'elle fût libre, parce qu'en effet il n'y auroit pas eu de conſentement de ſa part, & qu'il auroit été trompé, *cap. ad noſtram. extr. de conjug. ſervorum:* & de même l'erreur ou la ſurpriſe, par rapport à la perſonne, eſt un empêchement dirimant, lorſqu'on a cru épouſer une perſonne, & qu'on en a épouſé une autre qui a été ſuppoſée à ſa place, comme, par exemple, *Jeanne* à la place de *Marie*, n'y ayant pas non plus alors de conſentement volontaire, à moins que les parties ne vouluſſent réhabiliter le mariage, & donner un nouveau conſentement; mais il ne faut pas étendre cet empêchement pris de la ſurpriſe ou de l'erreur à d'autres cas, comme à celui de l'erreur dans la fortune, la vertu, ou autres qualités de la perſonne qu'on a épouſé: deſorte que, quand on ſe ſeroit marié avec une fille ſans biens, ſans naiſſance, ou même proſtituée, la croyant noble, riche, ou vertueuſe, toutes ces raiſons ne ſerviroient pas à donner atteinte au mariage, & le mari ne ſeroit pas reçu à en reclamer. *D'Hericourt, loix eccléſ. part.* 3, *chap.* 5, *art.* 2, *n.* 5, 6, 7 & 8; *Bardet, tome* 2, *liv.* 2, *chap.* 45; *Duperier, tom.* 2, *verb. rap. pag.* 469.

L'inégalité des conditions n'eſt pas non plus en France un moyen pour attaquer ou faire renverſer les mariages quoique par la loi *Papia*, dont il eſt parlé dans les loix 23, & 24, *ff. de ritu nuptiarum* il fût défendu aux Sénateurs

Sénateurs Romains de se marier avec des affranchies, ou autres femmes de vile extraction, *Journal du Palais*, *tom.* 1, *pag.* 325; *Fevret*, *liv.* 5, *chap.* 3, *n.* 38; & la disproportion de l'âge de ceux qui se marient, ou leur vieillesse l'est encore moins, *dictis locis*, *& Bardet*, *tom.* 2, *liv.* 8, *chap.* 43.

Par le Droit Romain, le tuteur ou curateur, ni leurs enfans ne pouvoient pas se marier avec celle dont ils avoient administré les biens, sinon qu'ils eussent rendu compte de leur administration, & que le tems dans lequel la fille pouvoit être restituée envers la clôture du compte, fût expiré : mais cela n'a pas lieu parmi nous; cet empêchement ne se trouvant pas marqué dans le droit canonique, & ces sortes de mariages peuvent y être valables en certains cas; mais il arrive souvent qu'on condamne le tuteur en quelques peines ou aumônes, & qu'on le prive de succéder aux biens de celle dont il a fait sa femme ou sa belle fille. Voyez *Dolive*, *liv.* 3, *chap.* 2; *Fevret*, *liv.* 5, *chap.* 3, *n.* 38; *Soefve*, *tom.* 2, *cent.* 2, *chap.* 89; *Despeisses*, *tom.* 1, *pag.* 250 & 251; *la Peyrere*, *verb. tuteur*, *pag.* 512.

Le Droit Romain défendoit aussi très-sévérement le mariage des raviſſeurs & séducteurs avec la personne ravie ou séduite : *Leg. unica*, *cod. de raptu virgin. novella* 143 & 150 : mais il paroît qu'en France on fait plus de différence qu'il n'en faisoit entre le rapt de force & de violence, d'avec celui de séduction; quant au premier, nous suivons le droit canonique, *in cap. penult. extr. de raptorib.* le Concile de Trente, *sess.* 24, *de reform. cap.* 6, l'ordonnance *de* 1629, *art.* 169, & l'ordonance *de* 1639, *art.* 3, qui défendent le mariage, tandis que la personne ravie est en la possession & au pouvoir du raviſſeur, & le déclarent néanmoins valable, si étant séquestrée & mise en lieu de sûreté elle donne & renouvelle son consentement au mariage. *Vid. Fevret*, *tom.* 1, *liv.* 5, *chap.* 3, *n.* 31; *loix eccléſ. part.* 3, *chap.* 5, *art.* 2, *n.* 72; *Theveneau ſur les ordonnances*, *liv.* 4, *tit.* 16.

Pour ce qui est du rapt de séduction, quoique l'article 42, de l'ordonnance de Blois prononce la peine de mort contre ceux qui s'en rendent coupables, il arrive quelquefois que différentes circonstances réduisent la condamnation à de simples dommages & intérêts.

Mais il y a d'autres personnes auſquelles le mariage est absolument défendu, à peine de nullité.

Dans ce nombre on met les Religieux & les Religieuses, qui sont liés par un vœu solemnel de chasteté, & qui ont fait une profession religieuse expresse avec les formalités requises, *cap. meminimus. extr. qui Clerici vel voventes*, *Conc. Trid. sess.* 24, *can.* 9 : mais le vœu simple de chasteté ou d'embrasser l'état religieux ne rend point nul le mariage contracté au préjudice de ce vœu, quoiqu'il empêche qu'on se marie légitimement, quand on n'en a pas obtenu de dispense. *Loix eccléſ. part.* 3, *chap.* 5, *art.* 2, *n.* 9 & 10.

L'empêchement pris de la profession religieuse, quoique dirimant, n'a pas empêché que dans certains cas extraordinaires & importans les Papes

n'aient quelquefois accordé des dispenses à des Religieux ou des Religieuses pour se marier, comme on le voit dans *Fevret*, *liv.* 5, *chap.* 3, *n.* 22.

Il faut remarquer aussi qu'après le mariage, l'un des mariés ne peut pas faire profession religieuse, si l'autre n'y consent & n'entre aussi en religion, *Canon. si quis caus.* 27, *quæst.* 2, *cap. quidam. extr. de convers. conjugator*: mais quelques Auteurs ajoûtent que la profession religieuse de l'un des mariés rompt & dissout le mariage célébré, s'il n'a pas été encore consommé, soit que l'autre partie y consente ou n'y consente pas, *Boutaric*, *Instit. pag.* 56; *loix eccléſ. part.* 3, *chap.* 5, *art.* 4, *n.* 3 & 4: cependant on peut ce semble, regarder cette question comme tout-à-fait oiseuse; car outre que ce n'est que le consentement des parties, donné lors de la célébration qui forme le mariage; d'ailleurs les loix n'entrent point du tout dans l'effet de la non-consommation du mariage, & suivant *M. Danty*, *traité de la preuve par témoins*, *chap.* 6, *n.* 41, la preuve, outre qu'elle seroit très-difficile, n'en seroit pas même recevable; il faudroit donc qu'il fût question d'un mariage qui eût été cassé & déclaré nul par une impuissance bien avérée.

Les mariages contractés par les Prêtres, les Diacres & les Soudiacres, sont également nuls, quoiqu'il en fût autrement dans la primitive Eglise; mais aujourd'hui la chose est hors de doute depuis le Concile de Trente, *sess.* 24, *can.* 9; quelquefois néanmoins les Papes ont accordé des dispenses à des Princes constitués dans des ordres sacrés pour se marier *pro bono pacis*, & pour procurer le repos & la tranquillité des états; hors de-là les enfans qui naîtroient du mariage contracté par un homme constitué dans les ordres sacrés, seroient illégitimes; ce mariage se trouvant nul, à moins qu'ils ne fussent légitimés par la bonne foi de l'autre partie qui auroit ignoré l'empêchement. *Vid. Fevret*, *liv.* 5, *chap.* 3, *n.* 21; *loix eccléſ. part* 3, *chap.* 5, *art.* 2, *n.* 11; *Bardet*, *tom.* 2, *liv.* 9, *chap.* 11; *& l'arrêt rapporté par Expilly*, *chap.* 223.

Quant aux Religieux profés & aux Prêtres, qui durant le tems des troubles dans ce Royaume avoient abandonné la religion catholique pour se faire Huguenot, & se marier, leurs mariages étoient jadis tolérés ou du moins à l'abri de recherche, d'autant plus que parmi les Calviniſtes le mariage n'étoit regardé que comme un contrat civil; mais ces sortes de mariages faits depuis les troubles cessés & les édits de pacification, ont toujours été réprouvés & déclarés nuls, ensemble les enfans nés de ces mariages, incapables de toutes successions. *Vid. Fevret*, *liv.* 5, *chap.* 3, *n.* 10; *Soefve*, *tom.* 1, *cent.* 1, *chap.* 21.

Ceux qui sont impuissans & hors d'état de consommer le mariage lorsqu'il a été célébré, ne contractent qu'un mariage nul: je dis, lorsqu'il a été célébré, parce que l'impuissance, quoique perpétuelle, qui pourroit survenir dans la suite du mariage, ne peut pas être un motif de le dissoudre, non plus que

l'impuiſſance paſſagere ou pour un tems, qui peut être guérie par la patience ou par des remédes humains.

L'impuiſſance peut être tant du côté de l'homme que du côté de la femme, & on en aſſigne diverſes cauſes qu'il n'eſt pas beſoin d'examiner. Le droit canonique, dans le *chap. laudabilem. extrà de frigidis & malefic. &c.* défend de caſſer le mariage pour cauſe d'impuiſſance, que les parties n'aient demeuré trois années enſemble, depuis la célébration du mariage, pourvu néanmoins que l'impuiſſance ne ſoit pas évidente & manifeſte ; mais lors même qu'elle ne l'eſt pas, ce délai n'eſt plus obſervé : du reſte, l'impuiſſance pour laquelle on n'a aujourd'hui d'autre moyen que la vérification, ou viſite de l'homme par des Médecins & Chirurgiens, & de la femme par des Matrones, eſt ſouvent très-difficile à découvrir ; pour en juger, on ordonnoit autrefois le congrès, lequel a été depuis aboli & défendu pour toujours par un arrêt du Parlement de Paris du 18 février 1677, qui condamna très-juſtement ce ſpectacle public & honteux, où la pudeur, la religion & la raiſon ſe trouvoient tout à la fois offenſées ; cet arrêt rendu dans la cauſe du ſieur Marquis de Langey, qui avoit eu ſept enfans d'un ſecond mariage, après que le premier eut été caſſé ſur ſon impuiſſance prétendue. *Vid. le Journal du Palais, tom.* 1, *pag.* 780 *& tom.* 2, *pag.* 699 ; *Fevret, tom.* 1, *liv.* 5, *chap.* 4 ; *les loix eccléſ. part.* 3, *chap.* 5, *art.* 2, *n.* 60, *& ſuiv. & art.* 4, *n.* 11, *& ſuiv. Les conférences de Paris ſur le mariage, tom.* 3, *liv.* 3, *confér.* 3.

Les Canons parlent d'une eſpece d'impuiſſance qui vient du maléfice & du ſortilége, *Canon. ſi per ſortiarias, cauſ.* 33, *quæſt.* 1, & qu'on appelle communément, *nouement d'éguillette* ; mais ces prétendues ligatures ne ſont le plus ſouvent que les effets d'une impuiſſance véritable, ou d'une imagination frappée ; les exemples dont on parle en cette matiere, ſont ſuſpects, & il faudroit prouver bien clairement dans cette eſpece comme en tout autre, une impuiſſance perpétuelle, pour diſſoudre là-deſſus un mariage. *Vid. les loix eccléſ. part.* 3, *chap.* 5, *art.* 2, *n.* 66 ; *Fevret, liv.* 5, *chap.* 4, *n.* 5 *& 6 ; Dolive, liv.* 3, *chap.* 30, *nouv. addit. in fine.*

Au reſte, il ne faut pas confondre l'impuiſſance avec la vieilleſſe, car l'uſage conſtant de l'Egliſe ne refuſe pas le mariage aux perſonnes avancées dans l'âge, qui n'ont pas d'autres empêchemens canoniques, comme l'obſerve *Fevret, liv.* 5, *chap.* 4, *n.* 2.

Le droit canonique parle encore de deux autres empêchemens dirimans, tels que celui de l'adultere & de la diverſité de religion.

Les anciens Canons défendoient de ſe marier avec celui ou celle avec laquelle ont avoit commis adultere durant la vie du premier mari ou de la premiere femme ; mais à préſent pour former cet empêchement dirimant, il eſt requis par le Canon *relatum, cauſ.* 31, *quæſt.* 1, & par le chap. *Significaſti. extr. de eo qui duxit in matrim.* l'un ou l'autre de ces deux choſes, ſavoir, que les adulteres ſe ſoient promis de ſe marier enſemble, quand ils ſeroient

libres, ou bien qu'ils aient conſpiré l'un ou l'autre, ou tous les deux, contre la vie du premier conjoint, & aient eu part à cet homicide : on n'accorde même point de diſpenſes pour contracter mariage au préjudice de cette eſpece d'empêchement, mais on en donne quand les mariages ſont déja contractés. *Vid. les loix eccléſ. part.* 3, *chap.* 5, *art.* 2, *n.* 40; *Fevret*, *liv.* 5, *chap.* 3, *n.* 14.

Suivant le droit canonique, un Chrétien ne peut pas non plus ſe marier valablement avec un infidéle, comme avec un Payen, un Juif, un Mahométan, ou un Idolâtre ; bien plus, ſi de deux Payens mariés, l'un ſe convertit à la foi catholique, il peut même contracter valablement un ſecond mariage avec une perſonne catholique ; au lieu que de deux fidéles mariés enſemble, ſi l'un d'eux abandonne la foi pour ſe faire Juif ou Mahométan ; le mariage qui étoit bon dans ſon principe, & qui étoit un véritable Sacrement, ne peut pas être diſſous. *Can. ſi quis cauſ.* 28, *quæſt.* 1, *cap. quanto extr. de divortiis. Vid. les loix eccléſ. part.* 3, *chap.* 5, *art.* 2, *n.* 46 & 47 ; *Fevret liv.* 5, *chap.* 3, *numer.* 36.

Pour ce qui eſt des mariages entre un catholique & un hérétique ſoit calviniſte, ou autre, quoique les Docteurs ſoient en diſpute ſur la validité ou invalidité de ces mariages, il eſt certain que l'édit du mois de novembre 1680 les déclare non valablement contractés. *Vid. les loix eccléſ. part.* 3, *chap.* 5, *art.* 2, *n.* 48; *Fevret*, *tom.* 1, *liv.* 5, *chap.* 3, *n.* 36, *pag.* 512. Mais la queſtion de la validité ou invalidité de ces mariages eſt inutile aujourd'hui, depuis l'édit de révocation de celui de Nantes en 1685, qui a aboli le calviniſme dans ce Royaume, & réuni tous les ſujets du Roi dans la vraie religion.

§. 12, *Si adversùs ea quæ diximus*, *&c.*

Pour contracter un mariage valable, il y a encore d'autres régles à obſerver que celles dont il a été déja fait mention.

Le mariage doit être fait & célébré en la préſence du propre Curé des parties, ou de l'une d'elles avec l'approbation de l'autre Curé, après que l'un ou l'autre ont fait auparavant la publication des bans ou proclamations de mariage, chacun dans ſa paroiſſe, ſi les parties ſont de différentes paroiſſes, & que le Curé de la paroiſſe où le mariage n'eſt pas célébré, a donné ſon certificat, portant qu'il a publié les bans, & qu'il n'y a point eu d'oppoſitions, ou qu'elles ont été levées; le propre Curé ou l'Evêque peuvent pourtant permettre par écrit aux parties de ſe marier en préſence d'un autre Prêtre par lui commis & député à cet effet ; car cela équipolle à la préſence du Curé lui-même.

Cette préſence du Curé eſt ſi eſſentielle, que ſans elle le Concile de Trente, *ſeſſ.* 24, *de reform. cap.* 1, l'ordonnance de Blois, art. 40, la déclaration de 1639, art. 1, & l'édit du mois de mars 1697, déclarent le mariage nul & non valablement contracté ; il faut donc que le mariage ſoit célébré publiquement en préſence du Curé, *& in facie Eccleſiæ.*

L'édit

L'édit de 1697 défend en conséquence à tous Prêtres séculiers ou réguliers, de conjoindre en mariage autres personnes que leurs vrais & ordinaires paroissiens, demeurant dans leur paroisse au moins depuis six mois ; à l'égard des personnes qui résidoient auparavant dans une paroisse de la même ville ou diocese, & depuis un an si les parties sont venues d'un autre diocese ; il veut encore que les mariages soit célébrés en présence de quatre témoins domiciliés, & qui sachent signer, s'il s'en peut trouver autant dans le lieu, & prononce des peines sévéres contre les Prêtres qui célébreront des mariages entre des personnes qui ne seroient pas effectivement leurs paroissiens, sans en avoir eu la permission par écrit des propres Curés de ceux qui les contractent, ou de l'Evêque diocésain ; voulant encore que lorsqu'il y a eu rapt de violence, les Prêtres qui auront prêté leur ministere pour la célébration du mariage, soient punis plus rigoureusement.

Il y a une déclaration du 15 juin de la même année 1697, qui en ordonnant de plus fort l'exécution de cet édit, veut que lorsque les Parlemens, ou autres Juges Royaux, jugeront des causes dans lesquelles il s'agira de mariages célébrés devant d'autres Prêtres que les Curés des contractans, ils renvoyent les parties pardevant leurs Archevêques ou Evêques pour réhabiliter lesdits mariages avec toutes les formalités de l'Eglise, après avoir accompli la pénitence qui leur sera imposée par les Juges Ecclésiastiques ; & en cas que les parties refusent, ordonne aux Officiers Royaux d'obliger les prétendus mariés à se séparer, par des condamnations d'amendes, ou autres plus grandes peines, &c.

On comprend même que la présence du Curé, qui est essentiellement requise par le Concile de Trente & par les ordonnances, ne doit pas s'entendre d'une simple présence corporelle qui pourroit être forcée ou involontaire ; mais qu'elle doit être accompagnée, de la part du Curé, de l'acquiescement & approbation qu'il doit donner au nom de l'Eglise au consentement respectif des deux parties, & de sa bénédiction nuptiale, suivant le Concile de Trente, qui requiert que le Curé, *viro & muliere interrogatis, & eorum mutuo consensu intellecto*, dicat, *Ego vos conjungo, in nomine Patris, & Filii, & Spiritûs Sancti*, ou autres paroles équipollentes, selon l'usage de chaque diocese.

De-là vient que non seulement les promesses de mariage par paroles de présent sont défendues expressément en France par l'article 44 de l'ordonnance de Blois, *Theveneau, liv.* 2, *titr.* 2, *art.* 2 ; mais qu'il est pareillement défendu aux Notaires & à tous autres, de recevoir des actes par lesquels deux personnes, sur le refus du Curé de bénir le mariage, déclareroient en sa présence qu'elles se prennent pour mari & femme ; la déclaration du mois de juin 1697 voulant que les conjonctions de ces prétendus mariés n'emportent ni communauté, ni douaire, ni aucuns effets civils, soit en faveur desdits conjoints, soit en faveur des enfans qui en pourroient

naître. Voyez *les loix eccléſ. part.* 3, *chap.* 5, *art.* 1, *n.* 27; *Journal du Palais*, *tom.* 1, *pag.* 583 & 629.

Quant aux bans ou proclamations du mariage, le quatrieme Concile de Latran tenu ſous le Pape Innocent III. en 1215, voulant rendre général pour toute l'Egliſe ce qui ſe pratiquoit alors en France, afin d'empêcher les mariages clandeſtins, ordonna de publier à haute voix dans les Egliſes les promeſſes de mariage, afin que ceux qui y ſauroient quelque empêchement, le dénonçaſſent aux Supérieurs eccléſiaſtiques; c'eſt ce qui a été pareillement renouvellé par le Concile de Trente, *ſeſſ.* 24, *cap.* 1, & par l'article 40 de l'ordonnance de Blois, qui veut qu'on ne puiſſe contracter mariage ſans précédentes proclamations des bans faites par trois divers jours de fête avec intervalle compétent, dont on ne pourra obtenir diſpenſe, ſinon après la premiere proclamation faite, & ce ſeulement pour quelque urgente & légitime cauſe, le tout ſous les peines portées par les Conciles.

Les véritables Curés des parties, pour procéder à la publication des bans qui doit ſe faire dans les deux paroiſſes, ſont les mêmes que ceux devant leſquels le mariage doit être célébré. *D'Hericourt*, *loix eccléſ. part.* 3, *chap.* 5, *art.* 1, *n.* 16, 17 & 18.

Du reſte, à prendre à la lettre la diſpoſition de l'ordonnance de Blois, les Evêques & leurs Grands-Vicaires ne devroient jamais accorder des diſpenſes de la publication des trois bans; cependant l'uſage, en interprétant cette ordonnance, a laiſſé aux Evêques le pouvoir qui leur eſt accordé ſur ce ſujet par le Concile de Trente pour les cas d'une néceſſité urgente. *Vid. les loix eccléſ. ibid. n.* 19; *Dolive*, *liv.* 3, *chap.* 1, *in fine. Cambolas*, *liv* 6, *chap.* 1. Il y a pourtant quelques arrêts du Parlement de Toulouſe qui ont fait défenſes d'accorder la diſpenſe des trois bans.

Comme l'ordonnance de Blois ne défend de contracter mariage ſans précédentes publications des bans, que ſous les peines portées par les Conciles, on juge que le ſeul défaut de publication des bans, ou des diſpenſes de les obtenir, n'emporte pas avec ſoi la nullité de la célébration du mariage, puiſque le Concile de Latran ne l'a pas expreſſément prononcé, ni même preſque jamais la décheance des effets civils, d'autant que d'un autre côté l'ordonnance de 1629, art. 39, & celle de 1639, art. 5, ne prononcent cette décheance des effets civils, que contre les mariages clandeſtins, & qui ont été tenus ſecrets & cachés pendant la vie des conjoints; mais le défaut de publication des bans forme ſeulement une préſomption de clandeſtinité ou de ſubornation; à laquelle les arrêts n'ont ordinairement égard que par rapport aux mariages contractés par des mineurs ou des enfans de famille, à moins qu'il n'y eût dans le mariage quelqu'autre défaut conſidérable. *Vid. les loix eccléſ. part.* 3, *chap.* 5, *art.* 1, *n.* 20; *Journal du Palais*, *tom.* 1, *pag.* 325; *Journal des Audiences*, *tom.* 1, *liv.* 2, *chap.* 122, *& tom.* 5, *liv.* 7, *chap.* 14, *Brodeau ſur Louet*, *lettre M. chap.* 6; *Fevret & l'Auteur des*

nouvelles notes, livre 5, *chapitre* 2, *numer.* 18, 19, 20, *& ſuiv.*

Le Concile de Latran, auquel celui de Trente & l'ordonnance de Blois ſe ſont conformés, n'attribue d'autre effet au défaut de publication des bans, que de conſtituer les mariés en mauvaiſe foi, au cas qu'il ſe trouvât entr'eux quelque empêchement, & de rendre les enfans nés du mariage inhabiles à ſuccéder, quand même les pere & mere auroient ignoré cet empêchement : *cap. cùm inhibitio. extr. de clandeſtin. deſponſat.* Ainſi, par exemple, ſi ceux qui ſont parens dans un degré prohibé, ſe marioient ſans avoir fait publier des bans, l'ignorance où ils ſeroient de leur parenté, ne rendroit pas leurs enfans légitimes, parce que leur ignorance ſeroit peu excuſable, n'ayant pas pris toutes les meſures que l'Egliſe a preſcrit pour connoître s'il n'y avoit point d'empêchement au mariage. *Loix eccléſ. part.* 3, *chap.* 5, *art.* 1, *n.* 21; *Theveneau, liv.* 2, *tit.* 2, *art.* 1. Il y a pourtant lieu de dire, quoiqu'en ait penſé *M. Boutaric*, qu'on n'uſeroit pas aujourd'hui de cette rigueur, ou qu'en tout cas la diſpenſe de la parenté, qui pourroit être obtenue depuis le mariage, garantiroit l'état des enfans & les effets civils du mariage, en ſuppoſant que d'ailleurs il n'eût pas été tenu caché & ſecret; ſans compter qu'on n'obſerve pas rigoureuſement le Concile de Trente, *ſeſſ.* 24, *cap.* 5, en ce qu'il deſire que la diſpenſe ſoit refuſée, lorſque les parties n'ont pas obſervé les formalités preſcrites par l'Egliſe. *Vid. les loix eccléſ. ibid. chap.* 5, *art.* 3, *n.* 13.

A plus forte raiſon, lorſque les bans ont été publiés, & le mariage célébré en face de l'Egliſe avec les formalités uſitées, il eſt bien certain que nonobſtant que les mariés aient ignoré l'empêchement qui étoit entr'eux, cette ignorance ne leur nuit pas, parce qu'ils ſont dans la bonne foi. *Fevret, liv.* 5, *chap.* 3, *n.* 5, *pag.* 474. Or la bonne foi des mariés, ou même ſeulement la bonne foi de l'un d'eux ſuffit pour rendre leurs enfans légitimes, & pour donner au mariage les effets civils, comme nous l'avons déja dit ſur les §. 6 & 9, de ce titre. *Vid. cap. ex tenore. extr. qui filii ſint legit. Cambolas, liv.* 6, *chap.* 1; *Bardet, tom.* 1, *liv.* 3, *chap.* 53, *& tom.* 2, *liv.* 1, *chap.* 5, *& liv.* 9, *chap.* 11.

Par la déclaration du 16 février 1692, il eſt enjoint aux Curés ou Vicaires, ſous peine de 50 liv. d'amende, de faire mention dans les actes de célébration de mariage inſérés ſur leurs régiſtres, des publications des bans, ou des diſpenſes qui en auroient été obtenues; mais quand même cette formalité n'auroit pas été obſervée, & que le certificat de la publication des bans ne ſeroit pas rapporté, cela ne ſuffiroit pas pour faire déclarer abuſif & déchu des effets civils, un mariage, lorſqu'il a été célébré depuis quelques années, & qu'il a été connu, public & apparent. Je l'ai vu juger ainſi par un arrêt du 24 juillet 1727, rendu au Parlement de Toulouſe, dans la cauſe des ſieurs Auguſte & Melchior de Vitrac. *Vid. Duval, inſtit. pag.* 112; *Fromental, pag.* 493, *col.* 1; *Le nouvel Albert, lettre M. chap.* 13.

Il faut raiſonner tout différemment des mariages qui ſont véritablement clandeſtins, c'eſt-à-dire, des mariages que les parties ont tenu ſecrets & cachés pendant leur vie contre le reſpect dû à un ſi grand Sacrement, & qui reſſentent plutôt la honte du concubinage, que la dignité du mariage; car quoique ces mariages ſoient bons quant au lien du Sacrement, l'ordonnance de 1639, art. 5, leur ôte par exprès tous les effets civils, & déclare les enfans nés de ce mariage, auſſi-bien que leur poſtérité, incapables de toutes ſucceſſions directes ou collatérales : ce que l'on applique même aux mariages qui ont été tenus cachés, après avoir été célébrés avec toutes les formalités preſcrites par les canons & par les ordonnances, ſoit qu'il aient été contractés & célébrés au dedans ou au dehors du Royaume. *Vid. les loix eccléſ. part.* 3, *chap.* 5, *art.* 2, *n.* 83; *le Journal des Audiences*, *tom.* 2, *liv.* 4, *chap.* 64; *Soefve*, *tom.* 1, *centur.* 4, *chap.* 27, *& tom.* 2, *centur.* 2, *chap.* 71; *Biblioth. canoniq. tom.* 2, *pag.* 78; *Lebrun*, *des ſucceſſ. liv.* 1, *chap.* 2, *ſect.* 1, *diſt.* 1.

Il y a un arrêt du 9 ſeptembre 1727, rendu au Parlement de Toulouſe en la premiere Chambre des Enquêtes, dans la cauſe de la Dame de Caſtillon, veuve du ſieur Louis de Roquefeuil, contte les ſieurs de Roquefeuil de Gabriac, qui déclara le mariage de ladite Dame incapable de produire aucuns effets civils, comme ayant toujours été tenu caché; néanmoins adjugea au fils né de ce mariage, la ſomme de 12000 liv. ſur les biens de ſon pere, lui permit de prendre la qualité de fils légitime du ſieur Louis de Roquefeuil, & à ladite Dame de Caſtillon, celle de veuve.

Itaquè qui ex eo coitu naſcuntur, in poteſtate patris non ſunt.

Quant à la puiſſance paternelle, les enfans nés d'un mariage nul n'y étoient pas ſoumis chez les Romains, non plus que parmi nous, étant tous également regardés comme des batards, ſi la bonne foi des mariés ne garantit leur état; mais les Romains ſouffroient ou toléroient le concubinage, qui eſt entiérement défendu en France. De-là vient que par le droit romain les enfans naturels, ou nés d'une concubine, ſuccédoient à leur mere, même avec les enfans légitimes, & la mere leur ſuccédoit auſſi. *Leg.* 5, *cod. ad ſenatus conſ. orfician.*

A l'égard du pere, les enfans nés de ſa concubine avoient la ſixiéme partie de ſes biens, lorſqu'il n'y avoit ni teſtament, ni enfans légitimes; au lieu que s'il y avoit des enfans légitimes, les autres n'avoient que les ſimples alimens, & le pere qui n'avoit pas des enfans légitimes, pouvoit même les inſtituer par ſon teſtament : *Auth. licet. cod. de natural. liberis*, *novella* 89, *cap.* 12, il n'y avoit que les enfans nés d'un commerce inceſtueux ou adultérin, & ceux dont le pere étoit incertain, appellés *vulgò quæſiti vel ſpurii*, qui ne pouvoient rien recevoir de lui, non pas même à titre d'alimens : *dictis locis*, *& Auth. ex complexu. cod. de inceſt. nupt.*

En

En France on ne suit aucune de ces distinctions, & le concubinage n'y étant pas permis, les enfans naturels ou bâtards, quels qu'ils puissent être, ne succédent ni à leur pere, ni à leur mere, tout comme ceux-ci ne peuvent pas leur succéder; les pere & mere ne peuvent pas non plus les instituer héritiers, ni être institués par eux; & on accorde seulement aux enfans bâtards, même aux adultérins ou incestueux, les alimens sur les biens de leur pere ou mere, jusqu'à ce qu'ils soient en état de gagner leur vie & de prendre un métier, ou quelque somme modérée qui leur en tienne lieu : cela se régle arbitrairement, suivant la qualité ou les facultés des parens. *Vid. Dolive, liv.* 5, *chap.* 34; *Maynard, liv.* 5, *chap.* 30; *Cambolas, liv.* 1, *chap.* 1, *Catellan & Vedel, liv.* 2, *chap.* 95.

Les bâtards ne peuvent pas non plus succéder à leurs ayeuls, oncles, cousins, ou autres parens naturels, *cùm neque genus neque gentem habeant*; ils peuvent pourtant recevoir des libéralités, & même être institués de la part de leurs freres ou autres collatéraux naturels, & à plus forte raison des étrangers, pourvu toutefois qu'il n'y ait point de preuve d'aucun fidéicommis prohibé venant de pere ou de mere desdits bâtards. *Journal du Palais, tom.* 1, *pag.* 818.

Il n'y a pas de doute au surplus que les enfans légitimes des bâtards ne leur succédent, *& vice versâ*. Voyez *Bacquet, des droits de Just. chap.* 23, *n.* 5; *& du droit de bâtardise, chap.* 8.

On tient même qu'un homme peut instituer héritier le bâtard de son fils légitime, quoique ce bâtard ne puisse pas lui succéder, pourvu que cet homme, au tems de son décès, n'ait pas d'enfans légitimes survivans, suivant la loi derniere, *cod. de naturalib. liberis*; & néanmoins on juge que les enfans même légitimes des bâtards ne peuvent pas être institués héritiers par leur ayeul naturel, quand même cet ayeul n'auroit pas des enfans légitimes.

Au surplus, quand les bâtards n'ont pas d'enfans légitimes rien n'empêche qu'ils ne puissent disposer de leurs biens en faveur de tout autre que de leurs ascendans naturels.

Mais si un bâtard meurt avec ses enfans légitimes, & sans tester, le Roi dans les terres de son domaine, & le Seigneur Haut-Justicier dans l'étendue de sa justice, lui succédent pour les biens qui y sont situées; on exige seulement à l'égard du Seigneur Justicier, le concours de trois circonstances; savoir, que le bâtard soit né dans sa terre, qu'il y ait eu son domicile pendant sa vie, & qu'il y soit décédé; car l'un de ces trois cas venant à manquer, c'est au Roi que l'entiere succession du bâtard appartient par droit de bâtardise. *Bacquet, dictis locis.*

Cela n'empêche pas néanmoins que si le bâtard étoit marié, & qu'il laisse son conjoint survivant, quoiqu'il meure sans faire testament & sans enfans légitimes, ce conjoint survivant ne lui succéde à l'exclusion du Roi & du Seigneur, en vertu des titres du Digeste & du Code, *unde vir & uxor*,

qui ſont à cet égard obſervés en France. *Vid. Brodeau ſur Louet, lettr. V. chap.* 13 ; *Bardet, tom.* 1, *liv.* 3, *chap.* 106 ; *le Brun, des ſucceſſ. liv.* 1, *chap.* 7, *n.* 16.

Qui prohibitas nuptias contrahunt, & alias pœnas patiuntur, &c.

L'Empereur entend parler apparemment en cet endroit, des mariages inceſtueux que la novelle 12, *cap.* 1, puniſſoit par l'exil & la confiſcation des biens. Mais la juriſprudence de ce Royaume paroît encore plus ſévere à l'égard des conjonctions réprouvées par le droit naturel & divin, puiſqu'on punit du dernier ſupplice le commerce d'un pere avec ſa fille, d'une mere avec ſon fils, d'une belle-mere avec ſon gendre, d'un frere & d'une ſœur, comme il réſulte des arrêts cités par *La Roche, liv.* 2, *verb. inceſte.*

Du reſte, quand la prohibition à l'égard d'un mariage déja contracté n'eſt que de droit eccléſiaſtique & poſitif, ou que les formalités de l'Egliſe n'y ont pas été obſervées, on ſe contente de faire défenſes aux parties de cohabiter enſemble, juſqu'à ce qu'elles aient obtenu les diſpenſes néceſſaires, ou qu'elles aient réhabilité leur mariage, ainſi qu'il a été expliqué ci-devant.

§. 13, *Aliquando evenit ut liberi poſteà redigantur in poteſtatem patris, &c.*

Ceci peut nous donner lieu de parler de la légitimation des enfans naturels : il n'y en a point d'autre en France que celle qui ſe fait ou par reſcript du Prince, ou par le mariage ſubſéquent du pere & de la mere du bâtard : car nous ne reconnoiſſons pas ſans doute, ainſi que l'a remarqué *M. Duval, Inſtit. pag.* 127, cette autre eſpece de légitimation, *per oblationem Curiæ*, dont Juſtinien fait ici mention, qui étoit procurée par le décurionat ; c'eſt-à-dire, par l'entrée dans le Sénat des villes & colonies de la République romaine, & qui fut, dit-on, un privilége inventé par rapport à la pénurie des décurions & au fardeau de leurs charges.

Quant à la légitimation qui ſe fait par lettres du Prince, dont il eſt même parlé dans les novelles 74 & 89, les Auteurs conviennent que le Roi, par l'effet de ſa puiſſance ſuprême, peut légitimer toute ſorte de bâtards ; mais ils demeurent auſſi d'accord, que les bâtards qui ſont procréés d'un commerce inceſtueux, adultérin, ou ſacrilége, quoique légitimés par le Prince, ne peuvent pas pourtant être inſtitués par leur pere ou mere à titre univerſel, & moins encore leur ſuccéder *ab inteſtat* ; parce que les lettres qui leur en donnent la faculté, ſont cenſées ſurpriſes, & contraires aux intentions de Sa Majeſté : cela doit être néanmoins décidé par les circonſtances, comme, par exemple, ſi l'on n'a pas expoſé au Roi la véritable qualité du bâtard, ou ſi le plus proche parent n'a pas conſenti à la légitimation, &c. *Vid. Graverol ſur la Roche, liv.* 2, *verb. légitimation, in fine. Mornac ſur le titre du Code de concubinis. Bacquet, du droit de bâtardiſe, chapitre* 11 ; *Journal*

du Palais, tome 1, *page* 754; *Lebrun des ſucceſſions page* 20. *&* 25.

Ils conviennent auſſi que le bâtard né de perſonnes libres n'eſt légitimé quant au droit de ſuccéder, qu'à l'égard du pere, de la mere, & des autres parens qui ont conſenti à la légitimation, leſquels peuvent auſſi réciproquement ſuccéder au bâtard; mais non pas à l'égard des parens qui n'y ont pas conſenti : *Bacquet, du droit de bâtardiſe, chap.* 12 *&* 13; *Catellan, liv.* 2, *chap.* 95, *in fine :* cependant ils remarquent en même tems que les parens qui n'ont pas conſenti à la légitimation du bâtard, lui ſuccédent à l'excluſion du Fiſc, quoique la choſe ne ſoit pas réciproque, & que le bâtard ſoit exclus de leur ſuccéder. *Le Bret, de la ſouverain. liv.* 2, *chap.* 12; *Bacquet, ibid. chap.* 14; *Soefve, tom.* 1, *cent.* 1, *chap.* 12; *le Brun, des ſucceſſ. liv.* 1, *chap.* 1, *ſect.* 4, *n.* 3.

Mais les Auteurs ſont en controverſe pour ſavoir s'il faut, afin que l'enfant naturel, né de perſonnes libres, puiſſe ſuccéder *ab inteſtat* à ſes pere & mere qui l'ont fait légitimer par lettres du Prince, que les collatéraux héritiers préſomptifs deſdits pere & mere aient été appellés, & aient conſenti à cette légitimation; ſurquoi il ſemble qu'il n'y a qu'à diſtinguer les pays coûtumiers d'avec les pays de droit écrit. Dans ceux-là les ſucceſſeurs préſomptifs ont un droit acquis ſur les biens de leur parent, qui ne peut même diſpoſer à leur préjudice que d'une petite portion deſdits biens dont la coûtume permet de teſter; & ainſi les ſucceſſeurs préſomptifs des peres ou meres doivent avoir conſenti à la légitimation, parce que le Roi n'accorde jamais des graces au préjudice d'un tiers. *Vid. le Brun, des ſucceſſ. liv.* 1, *chap.* 2, *ſect.* 1, *diſtinct.* 2; *Coquille, coût. de Nivern. pag.* 63; *Ferrieres ſur la coût. de Paris, tom.* 4, *pag.* 730.

Mais dans les pays de droit écrit ces raiſons ceſſent, puiſqu'on y a la liberté entiere de diſpoſer de tous ſes biens comme l'on veut, quand on n'a ni deſcendans légitimes, ni aſcendans; de ſorte que dans les pays de droit écrit il n'eſt pas beſoin du conſentement des collatéraux héritiers préſomptifs, & les enfans naturels légitimés par le Roi y peuvent ſuccéder à leur pere & mere qui ont conſenti à leur légitimation, ou les ont fait eux-mêmes légitimer, au préjudice des collatéraux qui n'y auroient pas été appellés, ou qui auroient refuſé de conſentir à l'enrégiſtrement des lettres de légitimation. *Vid. Bacquet, du droit de bâtardiſe, chap.* 12, *n.* 6 *&* 19; *le Bret, de la ſouverain. chap.* 12; *Benedict. verb. & uxorem nomine Adelaſiam. n.* 186; *Furgole, queſt.* 8, *des donations, in fine.*

Il eſt vrai que *Furgole*, au lieu cité, exige non ſeulement que les lettres de légitimation contiennent la faculté de ſuccéder aux pere & mere; mais encore qu'elles n'impoſent pas pour condition le conſentement des ſucceſſeurs *ab inteſtat :* cependant comme le Roi n'accorde preſque jamais des lettres de légitimation à l'effet de ſuccéder aux pere & mere, que ſous la clauſe du conſentement *de ceux qui doivent leur ſuccéder*, & que par-là les enfans

ſe trouveroient preſque toujours exclus, je crois qu'il faut reſtraindre cette doctrine aux pays coûtumiers ſeulement, ou bien dans les pays de droit écrit, au conſentement des aſcendans deſdits pere & mere, ſans l'appliquer à celui des collatéraux; car quoique ceux-ci puiſſent ſuccéder en défaut de plus proches, on ne peut pas dire qu'ils *doivent* néceſſairement ſuccéder, attendu que la ſucceſſion peut leur être ôtée par une diſpoſition du défunt, & que la légitimation pourſuivie par le pere, vaut un pacte de ſuccéder pour l'enfant légitimé, pacte revêtu, pour ainſi dire, de l'autorité royale; de ſorte qu'en pays de droit écrit l'enfant légitimé par le Prince doit profiter de la ſucceſſion des pere & mere, au préjudice des collatéraux qui n'auroient pas été appellés, ou n'auroient pas conſenti à la légitimation: & cela paroît auſſi réſulter d'un arrêt du 6 ſeptembre 1736, dont nous allons parler; je penſe même que quand les collatéraux ſeroient des freres ou ſœurs de pere ou mere, l'enfant légitimé devroit les exclure de la ſucceſſion, & qu'ils ſeroient peu favorables à la lui conteſter.

Au ſurplus, l'enrégiſtrement des lettres de légitimation doit ſe faire *vivo parente* tant à la Chambre des Comptes qu'au Parlement du reſſort, mais ſur-tout au Parlement par rapport à la faculté de ſuccéder qui n'eſt pas de la compétence de la Cour des Comptes, Aydes & Finances, l'enrégiſtrement en ladite Cour ne ſervant que pour la capacité de poſſéder des charges & offices, &c. *Vid. le Brun, liv.* 1, *chap.* 2, *ſect.* 1, *diſtinct.* 2, *n.* 8, 9 *&* 20; *Brodeau ſur Louet, lettre L. chap.* 7, *n.* 9; *Bacquet, dict. loc. n.* 14.

Les enfans naturels nés de perſonnes libres & légitimés par le Prince, peuvent à plus forte raiſon être inſtitués héritiers par leurs pere & mere, non pas à la vérité au préjudice d'un fils légitime, ni au préjudice des aſcendans, mais bien au préjudice des collatéraux du teſtateur, puiſqu'il lui étoit libre de les priver de ſa ſucceſſion, en inſtituant un étranger. *dict. locis.*

Il faut prendre garde qu'un pere qui a des enfans légitimes, ne peut pas régulierement faire légitimer ſes enfans naturels à l'effet de lui ſuccéder, & ils peuvent même alors être prétérits par le teſtament de leur pere, ſauf à demander leurs alimens, ou bien quelque ſomme modérée, ou penſion, qui leur en tienne lieu: *Vid. Bacquet, du droit de bâtardiſe, chap.* 12, *n.* 10; *le Brun, des ſucceſſ. dict. loc. n.* 17; *Ferrieres, in quæſt.* 482, *de Guyp.* Mais néanmoins la force de la légitimation par lettres du Prince n'eſt pas emportée par la ſurvenance des enfans vrais légitimes; & quoique les bâtards déja légitimés ne puiſſent guere avoir alors qu'une légitime, ils ont pourtant droit de l'avoir au détriment de l'enfant vrai légitime qui ſeroit né depuis ladite légitimation. *Brodeau ſur Louet, lettre L. chap.* 7; *Graverol ſur la Roche, liv.* 6, *titr.* 63, *art* 7.

Il faut dire également que ſi le pere a légué la légitime à ſon bâtard qu'il avoit fait légitimer, tandis qu'il avoit déja des enfans légitimes, ceux-ci ne peuvent

peuvent pas être reçus à la lui conteſter, au lieu que s'il ne lui a rien laiſſé, il n'a droit alors que de demander ſes alimens.

Si même le pere en mourant n'a pas des enfans légitimes, il ne peut pas s'empêcher d'inſtituer, du moins en la légitime, ſon bâtard légitimé par le Prince; & il a été jugé que le teſtament où l'enfant légitimé par lettres avoit été prétérit, & la cauſe pie inſtituée héritiere, étoit nul, nonobſtant même la clauſe codicillaire; l'arrêt eſt du 6 ſeptembre 1736, rendu au Parlement de Toulouſe en faveur de la Demoiſelle Dupuy, fille légitimée de Me. Dupuy, Avocat, contre l'Hôtel-Dieu de la ville de Saint Girons, qui maintint cette fille légitimée dans l'entiere ſucceſſion de ſon pere, bien que les parens collatéraux n'euſſent pas conſenti à ſa légitimation.

Cependant les enfans naturels de celui qui eſt chargé de rendre un légat ou une hérédité, ſous la condition, *s'il décéde ſans enfans*, ne font pas défaillir ce fidéicommis, quoiqu'ils aient été légitimés par lettres du Prince, & le ſubſtitué les exclut & leur eſt préféré : *Catellan, liv.* 2, *chap.* 95; *la Roche & Graverol, liv.* 6, *titr.* 11, *art.* 1; *Ferrieres, in quæſt.* 482, *de Guyp.* ce qui eſt encore conforme à la déciſion de l'ordonnance des ſubſtitutions de 1747, titr. 1, art. 23.

Pour ce qui eſt de la légitimation qui ſe fait des enfans naturels par le mariage ſubſéquent de leurs pere & mere, leur condition devient entiérement égal à celle des enfans vrais légitimes : *la Roche, verb. bâtard, liv.* 1, *chap.* 2, *ſect.* 1, *diſt.* 1; ainſi ils peuvent être inſtitués, & ils ſuccédent à tous leurs parens, comme s'ils étoient nés pendant le mariage; ils font défaillir le fidéicommis laiſſé ſous la condition, *du décès ſans enfans* : cette légitimation produit la révocation des donations entre-vifs, comme, *per ſupervenientiam liberorum donatoris*, ſuivant l'ordonnance de 1731, art. 39; & en un mot, les enfans légitimés par le mariage poſtérieur jouiſſent de tous les avantages accordés aux enfans nés légitimes, ſi l'on en excepte le cas du droit d'aîneſſe : car les Auteurs tiennent que le bâtard qu'un homme a eu avant ſon mariage d'une femme libre, laquelle il a enſuite épouſé en ſecondes nôces, n'a pas le droit d'aîneſſe au préjudice de l'enfant né du premier mariage du pere, & que les biens laiſſés, ou les fidéicommis faits à l'aîné, ne lui appartiennent pas. *Vid. Dumoulin, coût. de Paris*, §. 8. *gloſſ.* 1, *n.* 34; *le Brun, des ſucceſſ. liv.* 1, *chap.* 2, *ſect.* 1, *diſtinct.* 2, *n.* 23, *& liv.* 2 *chap.* 2, *ſect.* 1, *n.* 15; *Ferrieres, in quæſt.* 482, *de Guyp.*

On doit pourtant remarquer, comme il eſt dit dans ce paragraphe & dans le chapitre *tanta. extr. qui filii ſint legit.* qu'afin que le mariage ſubſéquent rende légitimes les enfans naturels, il eſt néceſſaire que lors de leur conception ou de leur naiſſance les pere & mere euſſent été capables de ſe marier enſemble, attendu que pour opérer cette légitimation, il eſt beſoin de feindre en donnant au mariage un effet rétroactif à ce jour-là, c'eſt-à-dire, qu'il faut qu'il n'y eût point alors entr'eux d'empêchement dirimant, du nombre de

ceux qui ne peuvent être ôtés ni levés par aucune dispense ; car autrement les enfans demeureroient illégitimes, & incapables de succéder : comme, par exemple, s'il étoient nés d'un commerce adultérin, &c. *Vid. le Journal du Palais, tom.* 1, *pag.* 718 ; *le Journal des Audiences, tom.* 2, *liv.* 4, *chap.* 4 ; *le Brun, des succeſſ. liv.* 1, *chap.* 2, *ſect.* 1, *diſtinct.* 1, *n.* 8 & 9 ; *d'Hericourt, loix eccléſ. part.* 3, *chap.* 5, *art.* 1, *n.* 37, 38, & *ſuiv. Catellan, liv.* 4, *chap.* 23.

Ad quam pater conſuetudinem habuerat.

On ne ſuit plus l'ancienne Juriſprudence rapportée par *M. Dolive, liv.* 3, *chap.* 1, & par *Albert, verb. mariage, art.* 1, ſuivant laquelle le mariage contracté à l'article de la mort légitimoit les enfans nés dans le concubinage précédent, & les rendoit même habiles à ſuccéder : ces mariages ſont bons, à la vérité, quant au lien du Sacrement, mais ils ne peuvent produire aucuns effets civils ; en quoi on ſe conforme à la diſpoſition de l'ordonnance de 1639, qui, en l'article 6, déclare incapables de toutes ſucceſſions les enfans nés des femmes que les peres ont entretenus, & qu'ils épouſent à l'extrémité de la vie ; & l'édit du mois de mars 1697 a étendu cette peine aux femmes auſſi bien qu'aux hommes, ſans diſtinguer ſi c'eſt l'homme qui épouſe dans une derniere maladie ſa concubine, ou ſi c'eſt la femme qui à l'extrémité de la vie épouſe celui qui l'a débauchée : toutefois pour être dans le cas de ces ordonnances, il faut qu'il y ait preuve de la débauche & du concubinage précédent, & que le mariage ſoit contracté dans une derniere maladie ; il y a même des Auteurs qui tiennent qu'il ſuffit que de tels mariages aient été contractés ſur le déclin des jours & dans la décrépitude ; & M. l'Avocat général Talon adopta en effet cette doctrine dans ſa plaidoirie, lors de l'arrêt du 22 décembre 1672, rapporté au tom 1, du Journal du Palais, p. 324. Voyez *les loix eccléſ. part.* 3, *chap.* 5, *art.* 2, *n.* 84 ; *le même Journ. du Palais, tom.* 1, *pag.* 686 ; *Fevret & l'Auteur des nouvelles notes, liv.* 5, *chap.* 2, *n.* 40, 41 & 42 ; *l'Auteur des obſerv. ſur Catellan, liv.* 4, *chap.* 63.

TITRE XI.

De Adoptionibus.

TOUT ce qui eſt dit dans ce titre au ſujet des adoptions, eſt abſolument inutile en France ; car quoique ſuivant *Paſquier, en ſes recherches, liv.* 4, *chap.* 1, les adoptions aient été jadis d'uſage en ce Royaume, & qu'on en rapporte quelques exemples pratiqués par les Rois ou les Princes pour l'utilité de l'état, il eſt certain qu'on n'y connoît plus depuis

long-tems le droit d'adoption, & que les loix romaines qui l'établiſſoient, y ſont entiérement abolies & abrogées.

On peut même trouver aucun rapport de l'adoption, telle qu'elle étoit chez les Romains, avec l'uſage qui ſe pratique dans l'Hôpital de la Charité de la ville de Lyon, confirmée par des Lettres Patentes de 1672, qui lui donnent le droit d'adopter les pauvres enfans de cette ville orphelins ou abandonnés, depuis l'âge de ſept ans juſqu'à celui de quatorze, d'avoir ſur ces enfans le privilége & les effets de la puiſſance paternelle, & de leur ſuccéder en défaut de freres ou ſœurs, & même à l'excluſion deſdits freres ou ſœurs, qui étant majeurs auroient abandonné ſes enfans; parce que ce n'eſt que l'indignité encourue par les parens, ou leur tacite renonciation qui les prive en ce cas de la ſucceſſion deſdits enfans. *Vid. Henrys & Bretonnier, tom.* 1. *liv.* 6, *queſt.* 35, *de l'édition de* 1708.

On ne peut pas non plus regarder comme un eſpéce d'adoption, les affiliations & aſſociations dont il eſt parlé dans quelques coûtumes du Royaume, telle que celles de Saintonge, Berry, Nivernois, &c. & qui ſe font quelquefois par échange, en cas de mariage réciproque, entre les enfans de deux familles. *Vid. le Brun, des ſucceſſ. liv.* 3, *ch.* 3, qui traite au long de ces affiliations.

En un mot, nous ne reconnoiſſons dans ce Royaume d'autre filiation, parenté, ni alliance civile, que celle qui vient du ſang & de la nature, & quoiqu'il ſoit permis parmi nous de donner ſes biens à quelqu'un, ou de l'inſtituer, à condition de porter le nom & armes du donateur ou teſtateur; ce n'eſt pas même là une ombre d'adoption, c'eſt tout au plus une donation, ou une inſtitution faite ſous condition ou ſous charge.

TITRE XII.

Quibus modis Jus patriæ poteſtatis ſolvitur.

Sed ita ſi poſt mortem avi, in poteſtatem patris ſui recuſari non ſunt.

DANS la plûpart des pays coûtumiers, même de ceux où la puiſſance paternelle a été reçues, le fils de famille eſt néanmoins émancipé par le mariage, ou bien le mariage y tient lieu d'émancipation: par conſéquent dans ces Provinces les petit-fils ne peuvent jamais être en la puiſſance de leur ayeul, & dès que leur pere eſt mort, ils ſont affranchis de la puiſſance paternelle, quand même leur ayeul ſe trouveroit encore en vie; la femme même, lorſque ſon mariage eſt rompu par le prédécès de ſon mari, ne rentre point en la puiſſance de ſon pere, mais demeure entiérement libre, parce qu'un droit une fois éteint ne peut plus revivre. *Brodeau ſur Loüet, lettre M. chap.* 18.

Il n'en eſt pas de même dans cette Province de Languedoc, & dans les autres pays de droit écrit, car le mariage n'y émancipe pas les enfans qui ſe marient ; de ſorte qu'on y ſuit ce qui eſt dit ici par l'Empereur Juſtinien, que l'ayeul a également & tout à la fois ſous ſa puiſſance, ſon fils & ſes petits enfans, & que le pere ne peut avoir ſes enfans en ſa puiſſance qu'en deux cas, ſavoir, lorſqu'il a été émancipé avant leur conception & leur naiſſance, §. 9, *infrà hoc titulo*, ou bien lorſque l'ayeul eſt mort ſans avoir émancipé ni ſon fils, ni ſes petits-fils.

Que ſi un fils de famille vient à être émancipé par ſon pere, étant déja marié, & ayant des enfans ; les enfans nés ou même conçus avant l'émancipation, ne peuvent jamais être en la puiſſance paternelle, ni pendant la vie de l'ayeul qui les a ſous la ſienne, & qui ne les a pas émancipés ; ni après la mort de cet ayeul dont le droit demeure abſolument éteint, & l'émancipation une fois acquiſe devant avoir ſon effet pour toujours.

Si au contraire l'ayeul vient à émanciper, non ſon fils, mais ſes petits enfans, ceux-ci ne ſeront jamais non plus en la puiſſance de leur pere, non pas même après la mort de leur ayeul, parce qu'ayant été une fois émancipés par celui-là qui ſeul en avoit le droit, & qui les tenoit ſous ſa puiſſance, ils ſont émancipés pour toujours.

Nous avons remarqué ſur la fin du titre IX. de ce livre, que la coûtume de la ville de Toulouſe & celle de la ville de Montpellier, qui veulent que le mariage émancipe, ne ſont pas même obſervées pour ce point en cette Province ; du moins celle de Toulouſe, & par voie de ſuite celle de Montpellier ne l'eſt-elle pas à l'égard des filles mariées, & on ne l'obſerve tout au plus qu'à l'égard des garçons mariés, à qui le pere a fait une donation, & qui ont vécu quelque tems ſéparément de leur pere, ou qui ayant vécu dans la maiſon du pere ont agi néanmoins comme pere de famille, & chargés du ſoin & de la conduite de la maiſon. *Vid. Meynard, liv. 5, chap. 2 ; Catellan, liv. 4, ch. 51.*

Cependant dans toute cette Province on reconnoît une autre eſpèce d'émancipation tacite, auſſi valable que ſi elle étoit expreſſe, & qui ſe forme lorſque le fils de famille a habité pendant dix années ſéparément de ſon pere, & de ſon conſentement, quoique ſans être marié, & a agi pendant ce tems-là comme pere de famille ; ce qui a été établi ſur le fondement de la loi 1, *cod. de patriâ poteſtate* : & il en eſt de même à l'égard des filles ; mais il faut que la ſéparation de dix ans ait été volontaire de part & d'autre, & non une ſéparation de néceſſité ; car une fille qui auroit demeuré dix années mariée, & ſéparée de ſon pere, comme étant obligée de ſuivre ſon mari, ne ſeroit pas cenſée émancipée, non plus qu'un Curé qui auroit demeuré dix ans au ſervice de ſa paroiſſe, ou un domeſtique qui pour gagner ſa vie auroit été ſervir pendant dix ans ou davantage chez des maîtres, ou un enfant qui auroit reſté plus de dix années à la guerre, &c. *Dolive, liv. 3, chap. 3 ; Catellan, liv.*

liv. 4, *chap.* 51; mais une veuve qui auroit resté séparée pendant dix années de son pere, seroit émancipée par cette séparation. *Catellan*, *ibid.*

On donne même à cette émancipation tacite des enfans par une séparation volontaire de dix années, un effet rétroactif qui rend valables les obligations & les actes que l'enfant séparé a passé dans le cours de ces dix années, qui lui acquiert en propriété & en usufruit les biens qu'il a eu du jour de sa séparation, & qui fait valoir le testament ou disposition de derniere volonté par lui fait. *Vid. Catellan*, *liv.* 4, *chap.* 51.

§. 1 & 2. *Cùm is qui ob aliquod maleficium in insulam deportatur, civitatem amittat, desinunt liberi in potestate ejus esse.*

Les Auteurs comparent le banniſſement perpétuel qui est toujours hors du Royaume, à ce qu'on appelloit chez les Romains, déportation; & la condamnation aux galeres perpetuelles, à ce qu'ils nommoient *damnatio in metallum*, dont il est fait mention dans le paragraphe 3. de ce titre, *Dolive*, *liv.* 5, *chap.* 8; *Catellan*, *liv.* 2, *chap.* 76; la condamnation à l'une ou à l'autre de ces deux peines, tout comme la condamnation à mort, opérent mort civile du condamné, enſorte qu'il ne peut plus avoir ses enfans en sa puiſſance, ni être lui-même en la puiſſance de son pere, comme il est dit ici, & dans la loi 29, *ff. de pœnis.*

La condamnation à quelqu'une de ces peines, quoique rendue par défaut, opére auſſi la mort civile du jour de l'exécution figurative de la sentence, ainsi qu'il réſulte de l'ordonnance de 1670, titr. 17, art. 29. Mais comme le condamné peut, en se repréſentant dans les cinq années, purger la contumace, on regarde la puiſſance paternelle dans cet intervalle, comme étant plutôt en ſuſpens que perdue, conformément aux principes que nous avons déja expliqués ſur le paragraphe 10, du titre *de nuptiis*; & c'est ce qui paroît en effet avoir été jugé par l'arrêt qu'on lit dans *Catellan*, *liv.* 4, *chap.* 8, qui ne donna qu'un curateur aux enfans impuberes d'un homme condamné à mort par défaut.

§. 3, *Relegati patres in potestate liberos retinent.*

La rélégation ou l'exil ne privent pas celui qui est condamné de se retirer en quelque part, des effets de la ſociété civile; ainsi la rélégation ne fait pas évanouir la puiſſance paternelle, puiſque le banniſſement ou les galeres pour un certain tems ne la font pas même perdre; & de-là vient auſſi que les condamnés au banniſſement, ou aux galeres à tems, ſont même capables d'ester en jugement, ſuivant l'ordonnance de 1667, titr. 2, art. 8.

§. 4, *Filius familias si militaverit, vel si Senator vel Consul factus fuerit, remanet in potestate patris.*

Parmi nous on peut dire qu'il n'y a tout au plus que les premieres di-

gnités de l'Eglise, de Robe & de l'Epée, qui aient le privilége d'affranchir de la puissance paternelle; encore *M. Duranti*, *quest.* 21, *n.* 16, restreint-il ce privilége à l'Episcopat seulement; mais on n'a pas vu pratiquer ce même privilége quant aux charges de Présidens, Avocats généraux, Maîtres des Requêtes, & autres, quoiqu'il leur soit accordé libéralement par *Rebuffe*, par *Barry*, *des Succeſſ. liv.* 1, *titr.* 7, *n.* 2; & par *Bretonnier sur Henrys*, *tom.* 2, *liv.* 4, *queſt.* 13, *de l'édit. de* 1708, *p.* 340.

§. 5, *Si ab hoſtibus captus fuerit parens, pendet jus liberorum propter Jus poſtliminii.*

La captivité de ceux qui sont pris par des Barbares, non plus que l'état de prisonnier de guerre, dont nous avons parlé sur le paragraphe 4. du titre *de Jure perſonarum*, ne fait pas perdre au pere, parmi nous, le droit de la puissance paternelle; on regarde les captifs pris par des nations Barbares, comme ayant seulement perdu la liberté & les effets de la société civile, de fait, & non de droit: ainsi le captif, s'il revient, tout comme le condamné à mort par défaut, s'il purge la contumace, ou s'il est rétabli, rentrent dans tous leurs droits, jusques-là même qu'on feint alors qu'ils ne les ont jamais perdus; au lieu que dans le cas contraire la puissance paternelle est réputée perdue du moment de la captivité, comme il résulte de ce texte.

§. 6, *Emancipatione quoquè deſinunt liberi in poteſtate parentum eſſe.*

L'émancipation, comme étant un acte de la juridiction volontaire, peut se faire également ou devant un Notaire, ou devant le Juge.

Elle peut se faire devant le Juge compétent, qui est reguliérement celui du domicile des Parties, *Cambolas*, *liv.* 2, *chap.* 11; & il a été même jugé que l'émancipation qu'un Seigneur avoit fait devant son propre Juge Baneret par lui établi, étoit valable, par Arrêt rapporté *au Journal du Palais*, *tom.* 2, *pag.* 707.

L'émancipation peut aussi se faire valablement devant un Notaire, car c'est ainsi que l'usage l'a introduit contre les loix romaines & contre la doctrine de *Cambolas*, *dict. loc.* & cela a si fort passé en maxime, que par un Arrêt du Parlement de Toulouse du mois de mars 1719, sur la répudiation faite par Me. Saint-Laurens, de l'hérédité de sa sœur, il fut permis au fils dudit Me. Saint Laurens de l'accepter, à la charge par le pere de l'émanciper par acte devant un Notaire, la Cour n'ayant pas voulu recevoir l'offre qu'il faisoit de l'émanciper à l'audience.

Quelques-uns croient qu'il faut que l'émancipation se fasse toujours les parties elles-mêmes présentes, & qu'elle ne peut pas se faire par Procureur. *Cambolas*, *dict. loc. & la Peyrere*, *lettre E*, *n.* 6.

La loi 5, *cod. de emancipat.* permet au pere d'émanciper ses enfans absens, & ceux-là même qui par bas âge sont hors d'état de donner leur con-

ſentement à l'émancipation ; il eſt vrai qu'elle exige que le pere faſſe lui-même en perſonne l'émancipation, & qu'il vaut mieux en effet que cela ſe faſſe ainſi, ſi le fils eſt abſent, que d'envoyer une procuration : mais après tout quand l'émancipation ne ſeroit faite que par Procureur, il y a lieu de croire qu'elle ſeroit également bonne, parce qu'aujourd'hui en France les émancipations n'exigent pas plus de ſolemnités que les autres actes paſſés devant un Notaire.

Au ſurplus, l'émancipation doit être générale & entiere, c'eſt-à-dire, que le fils de famille ne peut pas être réguliérement émancipé pour un ſeul acte ou pour un ſeul chef, non plus qu'à tems ou ſous condition ; il faut qu'il ſoit émancipé pour le tout & pour toujours, parce que la puiſſance paternelle eſt une choſe indiviſible, quoiqu'en diſe *Papon*, *liv.* 7, *tit.* 1, *art.* 25, autrement l'émancipation eſt nulle, par rapport à l'acte même pour lequel elle auroit été faite, d'autant que par la loi 77, *ff. de regul. jur.* les actes qui deſcendent de la loi, *vitiantur in totum per temporis vel conditionis adjectionem.* Voyez *Duval*, *Inſtit. p.* 137 *&* 138. *Ranchin & Bornier*, *verb. emancipatio.*

Et tunc in bonis ejuſmodi filii, eadem jura præſtantur parenti, quæ tribuuntur patrono in bonis liberti.

Ceci a été changé par la novelle 118, ſuivant laquelle il n'y a, quant à la maniere & au droit de ſuccéder, aucune différence à faire des enfans émancipés d'avec ceux qui ne le ſont pas.

Par les ordonnances royaux, l'émancipation des enfans ne produit aucun effet, en ce qui concerne le conſentement qu'ils doivent obtenir, ſoit émancipés, ou non, pour la validité de leur mariage, de la part de leurs peres & meres, comme nous l'avons remarqué ſur le titre *de Nuptiis* ci-devant.

§. 7, *Liberum arbitrium eſſe filium quidem de poteſtate dimittere, nepotem verò retinere, & è converſo.*

Il eſt libre à un ayeul, comme on le voit dans ce texte, d'émanciper ſon fils ſans émanciper ſes petit-fils, & d'émanciper ſon petit-fils ſans émanciper ſon fils ; l'ayeul même qui émancipe ſon fils, n'a pas beſoin de faire aucune réſervation pour conſerver & retenir le droit de puiſſance paternelle ſur les petits-fils : & en effet il eſt décidé dans le paragraphe 9, de ce titre, que ſi le fils eſt émancipé pendant que ſa femme eſt enceinte, le petit-fils conçu avant l'émancipation du fils demeure en la puiſſance de l'ayeul, & que ce n'eſt que lorſque le petit-fils a été conçu depuis l'émancipation, qu'il eſt ſoumis à la puiſſance de ſon pere.

Mais on demande ſi un ayeul, en émancipant ſon fils, peut ſoumettre ſes petits-fils à la puiſſance de leur pere ; & il ſemble que cela ſe peut,

parce que c'eſt moins une condition de l'émancipation, qu'un tranſport de la puiſſance paternelle ; d'autant plus que par le paragraphe 8, qui ſuit, on voit que la puiſſance paternelle peut être cédée & tranſportée, & que le pere peut s'en dépouiller en faveur de l'ayeul : cependant cela ne laiſſe pas de ſouffrir quelque difficulté.

§. 10, *Liberi nullo penè modo poſſunt cogere parentes de poteſtate ſuâ eos dimittere.*

Cette déciſion eſt obſervée, & la particule *penè* n'y eſt ajoutée qu'à cauſe de certains cas marqués dans le droit, où les peres peuvent être obligés à émanciper leurs enfans, comme lorſqu'ils ont accepté & reçu le légat qui leur auroit été fait ſous cette condition, *leg.* 92, *ff. de condit. & demonſtrat.* ou quand ils engagent leurs enfans dans une vie débordée. *Leg. ſi lenones. cod. de epiſcopali audientiâ.*

Il y a encore un cas, où en laiſſant au pere le droit de puiſſance paternelle, on le prive néanmoins du principal effet de cette puiſſance, qui conſiſte en la jouiſſance des biens appartenans au fils ; c'eſt lorſqu'il y a preuve contre le pere, de prodigalité & diſſipation, conformément à la loi 50, *ff. ad ſenat. Trebell.*

TITRE XIII.

De Tutelis.

§. 3, *Permiſſum eſt parentibus, liberis impuberibus quos in poteſtate habent, teſtamento tutores dare.*

CE titre & ceux qui ſuivent, ont reçu beaucoup de changemens par nos mœurs ; car en France on tient pour maxime que toutes les tutelles ſont datives, c'eſt-à-dire, que ce ſont les Juges, à proprement parler, qui donnent les tutelles : car bien que le pere puiſſe par ſon teſtament nommer un tuteur à ſes enfans pupilles, ſoit émancipés, ou non, & bien que la tutelle ſoit le plus ſouvent déférée aux plus proches parens du pupille, quand le pere ne lui a pas nommé de tuteur; il eſt néanmoins vrai que dans les régles la tutelle, même teſtamentaire, ne peut produire ſon effet *ipſo jure*, qu'en tant qu'elle eſt confirmée par le Magiſtrat avec connoiſſance de cauſe. Ainſi on appelle toutes les tutelles datives, parce qu'elles ne dépendent pas abſolument de la volonté du Teſtateur, ni de la diſpoſition des loix romaines, mais de l'office du Juge, après qu'il a pris l'avis des parens du pupille. *Maynard, liv.* 6, *chap.* 49 ; *Graverol ſur La Roche, liv.* 4, *tit.* 9, *art.* 3 ; *Louet & Brodeau, lettre T. chap.* 2.

Cela n'empêche pas que l'on n'ait beaucoup d'égard à la nomination & au

au choix que le pere peut avoir fait d'un tuteur par son testament, & que ce tuteur ne soit presque toujours préféré aux autres parens du pupille, & même à la mere qui voudroit l'exclure ; réguliérement même un tuteur testamentaire ne peut être privé ou exclus de la tutelle que par des raisons légitimes qui aient été inconnues au pere des pupilles, suivant la loi 10, *ff. de confirmand. tutor.* Voyez *Brodeau*, *ibid. Mornac sur la loi* 20, *cod. de Episc. Audient.*

L'usage est aussi que le tuteur nommé par le testament du pere, quand son choix n'est pas attaqué, ne s'avise gueres de se faire confirmer par le Juge, ni de prêter le serment devant lui.

La mere peut aussi par son testament, si elle le veut, nommer un tuteur à ses enfans pupilles, qu'elle institue ses héritiers ; car le pouvoir ou la liberté de nommer un tuteur n'est pas attachée en France, à la qualité de pere comme chez les Romains, *leg.* 1, *& leg.* 4 ; §. 1, *ff. de testam. tutelâ* ; mais on n'a pas tant d'égard au choix fait par la mere, ou par une autre personne, qu'à celui qui est fait par le pere, & c'est toujours au Juge à confirmer le tuteur, s'il le trouve à propos, de l'avis des parens : Voyez *Vinnius* sur le paragraphe 5 de ce titre, où il est dit, que le tuteur donné par le pere à ses enfans, même émancipés, devoit être confirmé sans autre examen, & sans enquête des mœurs & des facultés du tuteur.

Au reste, parmi nous cette enquête n'est jamais requise ni d'usage, & la nomination des parens assemblés, qui doit précéder la dation de tutelle, tient lieu sans contredit de cette enquête.

TITRE XIV.

Qui Testamento Tutores dari possunt.

§. 2, *Furiosus, vel minor viginti quinque annis, &c.*

IL est certain que les mineurs de vingt-cinq ans ne peuvent pas être tuteurs, *leg.* 5, *cod. de legitim. tutelâ*, & on n'excepte de cette régle que les meres mineures, qui peuvent être tutrices de leurs enfans, pourvu toutefois qu'elle aient été nommées tutrices par le testament de leur mari, & non autrement ; c'est la jurisprudence du Parlement de Toulouse, attestée par *Cambolas*, *liv.* 4, *chap.* 22 ; & confirmée par l'arrêt du premier mars 1701, dont *Boutaric* fait mention en cet endroit, lors duquel on ordonna néanmoins que les enfans pupilles seroient nourris chez la mere jusqu'à l'âge de sept ans.

Le Président *Faber*, *en son code*, *lib.* 5, *tit.* 21, *defin.* 3, dit, que c'est une fatuité de la part d'un pere, de nommer sa femme mineure pour tutrice de leurs enfans.

Du reſte, l'excluſion contre les mineurs de vingt-cinq ans, de pouvoir être tuteurs, a lieu, quand même ils offriroient de donner de bonne & ſuffiſante caution, & qu'ils exerceroient même quelque charge publique, ſuivant *Brodeau ſur Louet*, *lettre G. chap.* 9, *n.* 5.

Quant aux femmes elles ne peuvent pas même en général, à cauſe de la foibleſſe de leur ſexe, être tutrice, d'autant mieux que la tutelle eſt une charge virile : ce que l'on ſuit juſqu'à ce point, qu'on juge même qu'elles ne peuvent pas êtres admiſes aux aſſemblées des parens convoqués pour le choix d'un tuteur ; *Catellan*, *liv.* 8, *chap.* 2, mais la mere & l'ayeule majeures peuvent être tutrices, comme il ſera dit ci-après.

§. 3, *Ad certum tempus, vel ſub conditione, poteſt dari tutor.*

Cela pouvoit être bon pour les tutelles purement teſtamentaires chez les Romains; mais étant datives & électives en France, le tuteur n'eſt point donné à tems, ni ſous condition.

TITRE XV.

De legitimâ agnatorum Tutelâ.

Quibus teſtamento tutor datus non eſt, his agnati ſunt tutores, &c.

ON ne connoît pas en France cette différence qui eſt faite ici quant aux tutelles, des parens du côté des mâles ou paternels appellés *agnati*, d'avec les parens par les femmes nommés *cognati*; Juſtinien l'abrogea même par ſa *Novelle* 118, *cap.* 4 & 5, auſſi-bien pour les tutelles que pour les ſucceſſions; & en un mot, la tutelle peut être déférée, ſoit aux parens paternels ou maternels, indifféremment, ſoit même aux alliés du pupille, ou même à des voiſins étrangers en défaut d'autres, ſuivant que les parens aſſemblés & le Juge le trouvent à propos : *la Roche & Graverol*, *liv.* 5, *lettre T. titr.* 9, *art.* 2; ce qui rend ſouvent inutile parmi nous cette maxime du droit romain, que, *ibi tutelæ debet eſſe onus, ubi eſt ſucceſſionis emolumentum* : les parens tant paternels que maternels en nombre convenable, & en cas d'inſuffiſance les alliés ou même les voiſins ſont aſſignés devant le Juge, en vertu d'une ordonnance ſur requête, pour procéder à la nomination d'un tuteur, & ce à la requête du Procureur du Roi, ou Fiſcal, ou du parent qui pourſuit la dation de tutelle ; s'ils obéiſſent à l'aſſignation, & qu'ils ſe trouvent à l'aſſemblée, ils nomment un tuteur à la pluralité des voix en préſence du Juge; ſi non le Juge ordonne que ceux qui ſont préſens, feront cette nomination aux périls & riſque même des défaillans ou abſens, pour peine de leur contumace.

On peut dire au ſurplus que le Juge devant lequel les parens ou alliés

procédent à la nomination d'un tuteur, n'eſt pas obligé abſolument de ſuivre leur choix; mais je crois qu'alors le Juge ſe rend auſſi le premier reſponſable de la nomination qu'il fait du tuteur.

Nous ſuivons encore en France l'authentique *matri & aviæ*, *cod. quando mulier tutel. offic.* qui défére à la mere, & en ſon défaut à l'ayeule, la tutelle de leurs pupilles, pourvu toutefois qu'elles ſoit majeures de vingt-cinq ans; c'eſt une tutelle qui leur étant déférée par la loi, eſt appellée légitime ou légale, & qu'elles exercent de plein droit, ſans qu'il ſoit beſoin d'aſſemblée de parens, ni de confirmation de la part du Juge, c'eſt-à-dire, que quoique la mere ne puiſſe pas être forcée d'être tutrice de ſes enfans, ſi elle ne veut pas l'être; néanmoins juſqu'à ce qu'elle ait fait nommer un tuteur, elle eſt réputée tutrice légitime, & obligée d'agir & de défendre en cette qualité pour ſes pupilles, & qu'en un mot elle eſt ſoumiſe juſqu'alors à tous les devoirs d'un véritable tuteur; & cela a été ainſi jugé par une foule d'arrêts.

Il faut cependant bien diſtinguer cette tutelle légitime ou légale que la mere exerce de plein droit tandis qu'elle reſte en viduité, d'avec celle qu'elle exerce, ou qu'elle continue d'exercer, lorſqu'elle s'eſt remariée; il eſt vrai que la tutelle peut être déférée par le Juge, ſur l'avis des parens, à une mere remariée, lorſque loin d'y entrevoir du danger, on y trouve un avantage pour le pupille du premier lit, comme dans l'eſpece favorable dont parle *Duranti*, *queſt.* 65; mais du reſte, par les ſecondes nôces une mere ſe rend, pour ainſi dire, indigne de la tutelle de ſes enfans, & elle en doit être réjettée *ratione indignitatis potiùs quàm incapacitatis*: c'eſt en effet contre l'eſprit des loix qu'une mere qui convole à des ſecondes nôces, puiſſe continuer la tutelle même légale de ſes enfans du premier mariage; c'eſt pourquoi lorſque la mere tutrice ou légitime adminiſtrereſſe s'eſt rémariée, ſans avoir fait plutôt nommer un autre tuteur à ſes pupilles, ſans leurs avoir rendu compte de l'adminiſtration par elle faite, & payé le reliqua s'il en eſt dû, car toutes ces conditions préalables ſont impoſées *per modum unius*, elle eſt ſoumiſe aux mêmes peines à peu-près que les femmes qui ſe remarient dans l'an du deuil; en quoi on ſe conforme à la *novelle* 22, *cap.* 40; d'où a été priſe l'authentique *eiſdem pœnis*, *cod. de ſecund. nuptiis*; c'eſt-à-dire, qu'elle encourt la privation de ſon augment, légats, ou autres libéralités de ſon premier mari, tant en propriété qu'en uſufruit, *Dolive*, *liv.* 3, *chap.* 31; *Catellan & ſon commentat. liv.* 4, *chap.* 21 *& chap* 58; & qu'on la prive encore de pouvoir ſuccéder à ſes enfans du premier lit décédans en pupillarité; bien plus, lorſque la mere vivante eſt ainſi privée de ſuccéder à ſes enfans du premier lit décédans en pupillarité, on étend même cette peine aux enfans du ſecond mariage, enſorte que la ſucceſſion eſt dévolue alors aux parens paternels à l'excluſion des parens maternels des pupilles, au lieu que ſi la mere eſt déja morte, ſes enfans du ſecond

lit succédent à ceux du premier lit en défaut des freres ou sœurs germains. *Vid. Dolive, liv. 3, chap. 5; & aux nouvell. addit. sur le chap. 6; Cambolas, liv. 5, chap. 31; Catellan, liv. 4, chap. 73.*

Au surplus, j'ai vu juger au Parlement de Toulouse par un arrêt d'audience de la Grand-Chambre du 27 juin 1720, que l'indignité de la tutelle encourue par une mere, à cause de sa malversation depuis la mort de son mari, passoit aux parens maternels, & qu'il n'y avoit que les parens paternels qui dussent être admis à l'assemblée convoquée pour la nomination d'un tuteur.

TITRE XVI.

De Capitis Deminutione.

§. 1 & 2.

L'EMPEREUR a déja parlé du changement d'état par rapport à la puissance paternelle, dans le paragraphe 1, du Titre XII. de ce Livre, & par rapport à la tutelle, dans le paragraphe 3, du Titre précédent; mais le changement d'état est à considérer par rapport à plusieurs autres objets, puisque l'état des personnes consiste principalement à jouir de tous les droits & avantages que les loix accordent aux citoyens, comme de pouvoir tester, succéder, posséder des charges ou dignités, &c. c'est ce qu'on appelle proprement la vie civile, parce que ceux qui en sont exclus, sont considérés pour ce qui concerne les effets civils, comme s'ils étoient morts effectivement.

Nous avons déja expliqué sur le paragraphe 1, du Titre XII. ci-dessus, comment la mort civile est causée par la condamnation de mort, des galeres perpétuelles ou du banniſſement perpétuel, soit contradictoires ou par défaut; il reste seulement à observer, que tandis que le droit romain reconnoissoit un grand & un moyen changement d'état, *maximam & mediam capitis deminutionem*, dont le premier emportoit la perte de la liberté & de la cité tout ensemble, & l'autre simplement la perte de la cité, nous ne connoissons que cette seconde espece de mort civile en France, parce que l'esclavage y est entierement aboli.

La profession religieuse est aussi parmi nous une mort civile, qui, quoique volontaire & louable, a néanmoins les mêmes effets que la mort naturelle, & qui rend les Religieux incapables de tous les effets de la société civile.

Dans cette Province du Languedoc on distinguoit par rapport à l'ouverture des fidéicommis, la condamnation aux galeres perpétuelles, d'avec la condamnation au banniſſement perpétuel, quoique l'une & l'autre emportent

tent également la mort civile, & l'on jugeoit que la ſubſtitution étoit ouverte par la condamnation aux galeres perpétuelles de l'héritier chargé de rendre, tout comme elle auroit pu l'être par ſa mort naturelle ou par ſa profeſſion religieuſe; mais on jugeoit au-contraire que la ſubſtitution n'étoit pas ouverte par le banniſſement perpétuel de l'héritier grévé, qu'elle étoit en ſuſpens, & qu'il falloit attendre ſa mort naturelle, enſorte que ſi le ſubſtitué venoit à mourir avant cet héritier, la ſubſtitution devenoit caduque, & que les biens ſubſtitués étoient acquis au fiſc; on jugeoit auſſi la même choſe à l'égard de la condamnation à mort par contumace. *Vid. Dolive, liv.* 5, *chap.* 8; *Catellan, liv.* 2, *chap.* 76.

Mais l'ordonnance concernant la ſubſtitutions du mois d'août 1747, tit. 1, art. 24, a changé cette Juriſprudence, & a ordonné ſans diſtinction que dans tous les cas où la condamnation pour crime emporte mort civile, elle donne lieu à l'ouverture du fidéicommis, tout comme la mort naturelle & la profeſſion religieuſe, c'eſt-à-dire, que le fidéicommis doit être ouvert au profit du ſubſtitué, auſſi-bien par la condamnation de l'héritier grévé au banniſſement perpétuel, que dans tous les autres cas qui opérent la mort civile; & cela eſt juſte, car il ne peut en effet y avoir aucune diſtinction à faire.

Les condamnations aux autres peines, comme du fouet, de l'amende honorable, mutilation des membres, ou même des galeres & banniſſement à tems, ne donnent pas la mort civile, & n'empêchent pas que ceux contre qui elles ſont prononcées, ne ſoient capables de comparoître en jugemett, de ſuccéder & de teſter; il eſt néanmoins vrai que ces perſonnes ſouffrent auſſi un changement d'état aſſez conſidérable, puiſque ces condamnations laiſſent ſur eux une tache d'infamie qui leur ferme l'entrée aux charges & aux dignités, fait rejetter leur témoignage en juſtice auſſi-bien que dans les teſtamens, comme il eſt indiqué par l'ordonnance concernant les teſtamens du mois d'août 1735, art. 40, les prive même des avantages de la nobleſſe, &c. parce qu'en effet l'infamie n'eſt autre choſe, pour ainſi-dire, que la perte de l'honneur, de la bonne renommée, & de la réputation d'honnête homme.

§. 5, *Quibus dignitas magis quàm ſtatus permutatur, capite non minuuntur, ideò à Senatu motos capite non minui conſtat.*

La privation d'une charge pour crime de l'Officier inflige auſſi une note d'infamie, tout comme quand il eſt déclaré pour le même ſujet inhabile à l'exercer, & il ne peut y rentrer, ni exercer d'autre charge, s'il n'eſt expreſſément réhabilité & autoriſé par lettres du Prince à cet effet.

TITRE XVII. XVIII. XIX.

De legitimâ Patronorum Tutelâ.

De legitimâ Parentum Tutelâ.

De fiduciariâ Tutelâ.

CE qui eſt dit dans ces trois titres, n'eſt d'aucun uſage en France, à l'exception de ce qui concerne la tutelle légitime du pere, après qu'il a émancipé ſon fils étant en pupillarité ; car après cette émancipation, on obſerve dans cette Province que le pere conſerve la qualité de tuteur ou de légitime adminiſtrateur de ſa perſonne & de ſes biens, & c'eſt une autre eſpéce de tutelle légale comme celle de la mere.

TITRE XX.

De Attiliano Tutore, &c.

§. 5, *Defenſores civitatum unà cum Antiſtite, tutores vel curatores creare, &c.*

ON ſent aſſez que tout ce qui eſt dit ici, n'a aucun lieu en France, où les Officiers des hôtels des villes n'ont aucune Juriſdiction pour décerner les tutelles, & où les Evêques ne pourroient le faire ſans commettre abus ; c'eſt toujours le Juge ordinaire du domicile du pupille qui procéde à la nomination du tuteur, c'eſt-à-dire, le Baillif ou Senéchal du lieu, quand la perſonne eſt noble, ſuivant l'édit de Cremieu, art. 6, & les Juges inférieurs, ſoit royaux, ou des Seigneurs, quand il s'agit de la tutelle des roturiers. *Vid. Brodeau ſur Louet, lettre T, chap.* 2.

§. 7, *Cùm pupillorum tutores negotia gerant, poſt pubertatem tutelæ Judicio rationem reddant.*

C'eſt ici le lieu de parler des devoirs du tuteur, de ſa geſtion, & du compte qu'il en doit rendre.

Le tuteur, après avoir été nommé, & après avoir prêté le ſerment devant le Juge, doit commencer à faire procéder inceſſamment d'autorité de juſtice à un inventaire, ou deſcription exacte de tous les effets mobiliers, titres & papiers appartenans aux pupilles ou mineurs, *leg.* 24, *cod. de adminiſt. tutor.* & cet inventaire ſe fait aux frais & dépens des pupilles ; deſorte que ſi par dol ou par négligence le tuteur avoit manqué de faire faire

un inventaire, on pourroit dans la ſuite déférer contre lui à l'adulte le ſerment *in litem*, c'eſt-à-dire, qu'il ſeroit tenu d'indemniſer l'adulte ſur le ſerment qu'on déféreroit à celui-ci à concurrence d'une certaine ſomme, joint à ce ſerment la commune rénommée que l'adulte pourroit établir par une enquête concernant la quantité, qualité & valeur des effets délaiſſés par le teſtateur : c'eſt ainſi qu'on en uſe en pareilles occaſions, conformément à la loi 7, *ff. de adminiſt. tutor.* Voyez *la Peyrere*, *verb. inventaire*, *pag.* 186 ; *Catellan*, *liv.* 8, *chap.* 3.

Pluſieurs Auteurs, & *Boutaric* lui-même, *pag.* 101, *en ſa note marginale*, eſtiment que le pere teſtateur peut défendre au tuteur de faire inventaire, & qu'alors il n'y eſt pas tenu ; mais je regarde l'opinion contraire comme plus ſûre & plus conforme aux régles, c'eſt-à-dire, que l'intérêt des pupilles étant de droit public, le teſtateur peut auſſi peu défendre au tuteur de faire inventaire, s'il ne l'a fait lui-même avant ſa mort, que le décharger de rendre compte : on peut voir pour ce dernier avis, *Bornier ſur Ranchin*, *verb. inventorium*, *art.* 6.

Pendant la tutelle le tuteur doit avoir ſoin de l'éducation & des mœurs de ſon pupille, & il doit pareillement lui fournir les alimens & l'entretien, ſuivant la portée de ſes biens ; mais quoique le tuteur ne ſoit pas obligé de fournir du ſien à l'entretien du pupille qui ſe trouve pauvre, *leg.* 3, §. *ult. ff. ubi pupillus educ. debeat* ; il doit pourtant avoir attention que la dépenſe ordinaire qu'il fait pour ſon pupille, n'excéde pas ſes revenus annuels ; car il y a des Auteurs, qui prétendent que tout l'excédant doit être dans ce cas en pure perte pour le tuteur ; ce qu'il y a de certain, eſt que le tuteur ne peut pas vendre les meubles & effets des pupilles pour les alimenter, ni dépenſer au-delà de leur revenu, ſans faire régler la choſe, ou par le Juge, ou par l'avis des parens, & on refuſe de lui allouer ce qu'il a fourni ou dépenſé au-delà du revenu des biens pupillaires, ſans avoir recouru au Juge pour expoſer l'inſuffiſance des biens, & obtenu ſur l'avis des parens la permiſſion d'emprunter, ou de vendre des effets mobiliaires, ou même des immeubles, ou de mettre le pupille en ſervice, s'il n'y pas d'autre moyen de l'entretenir.

Cela a été même décidé en dernier lieu par un arrêt du 4 juin 1738, rendu en la deuxiéme chambre d'enquêtes du Parlement de Toulouſe à l'égard d'une mere tutrice, par lequel toutes les aliénations qu'elle avoit fait des effets mobiliers de l'hérédité, pour l'entretien de ſes pupilles, lui furent imputées en pure perte pour elle ſur ſa dot.

Après l'inventaire fait, le tuteur doit faire procéder d'autorité de juſtice, le plutôt qu'il ſe peut, à la vente des effets & meubles périſſables du pupille, ſuivant l'article 102 de l'ordonnance d'Orléans, autrement il eſt reſponſable de leur perte, & de l'intérêt ou revenu que le prix en auroit pu produire ; & ce terme *périſſables* doit s'entendre des meubles qui ſe conſu-

ment absolument, comme le bled, le vin, & autres de cette espéce, ou de ceux qui paroissent inutiles pour le service ou l'utilité des pupilles.

Pour ce qui regarde les immeubles, lorsque le tuteur a fait ses diligences pour les affermer, il n'en peut être chargé que sur le pied des fruits qu'il en a perçu annuellement, charges distraites.

S'il y a des dettes passives du pupille, le tuteur doit les acquiter au moyen des deniers provenus de la vente des meubles & effets périssables, & des deniers comptans qu'il a trouvé dans l'hérédité; mais s'il n'y a pas de dettes, ou que le tuteur ne les acquite pas, ou qu'après le payement des dettes il y ait de l'argent de reste, le tuteur est obligé de le placer en rentes ou en achat de fonds au profit du pupille, savoir, dans le délai de six mois les sommes capitales qu'il a trouvé dans l'hérédité, lorsque la tutelle lui a été décernée, & dans le délai de deux mois depuis la réception, celles qu'il reçoit durant le cours de son administration : car c'est ainsi que la Jurisprudence des arrêts a interprété les loix qui paroissent en ce point opposées; autrement le tuteur doit l'intérêt de ces sommes, & est obligé de se charger de cet intérêt dans le compte qu'il doit rendre après la tutelle finie, tout comme s'il avoit placé effectivement lesdites sommes, sa négligence tenant lieu, pour ainsi dire, de placement. *Vid. Catellan, liv.* 8, *chap.* 4.

Les loix semblent même confondre les intérêts que le tuteur a reçu des sommes capitales, ou les épargnes qu'il a fait sur les revenus du pupille, avec les capitaux eux-mêmes, & obliger le tuteur de payer l'intérêt de ces intérêts surabondans, ou de ces épargnes, s'il a négligé de les placer, *leg.* 58, §. 1, *ff. de admin. tutor.* Cependant cela a paru trop dur, l'usage & la Jurisprudence sont ordinairement que le tuteur ne doit les intérêts des intérêts, ou épargnes, que depuis la clôture de son compte, parce qu'alors ils commencent à former un capital : ainsi lorsque le tuteur à la fin d'une année se trouve avoir du résidu, la dépense n'ayant pas consumé tous les revenus pupillaires, il retient & garde ce résidu pour l'année qui suit immédiatement, & aussi des autres jusqu'à la clôture du compte, lors de laquelle ce reliqua de toutes les années qui doit se trouver entre les mains du tuteur, compose un capital que l'on joint aux autres sommes principales dont le tuteur est chargé, & le tout produit depuis le jour de ladite clôture un intérêt de plein droit & sans interpellation au profit du pupille. *Vid. Graverol sur la Roche, liv.* 6, *titr.* 54, *verb. intérêts, art.* 3; *Vedel sur Catellan, liv.* 8, *chap.* 4 *&* 5; *Albert, verb. intérêts, art.* 8.

Je crois néanmoins que si un pupille avoit, par exemple, dix mille livres de revenu annuel, & qu'il ne fût besoin de dépenser chaque année pour son entretien ou son éducation que trois mille livres; les sept mille livres surabondantes chaque année ne devroient pas être regardées simplement comme des épargnes, ou que du moins le tuteur qui auroit négligé de

de placer ces épargnes considérables, seroit comptable des intérêts qu'elles auroient pu produire étant placées ; parce qu'un tuteur doit agir pour la conservation & même pour l'augmentation des biens du pupille, ainsi qu'il en useroit pour soi-même ; car c'est une maxime générale que le tuteur est responsable de tout ce qu'il devoit faire & qu'il n'a pas fait, ou qu'il a fait & qu'il ne devoit pas faire, & qu'en un mot il est tenu *præstare dolum, & levem culpam, & quantam in rebus suis diligentiam*, suivant la régle proposée en la loi 1, *ff. de tutelæ & ration. distrah.*

Lorsque le tuteur n'a pas pu néanmoins faire un emploi utile des deniers du pupille, il est déchargé des intérêts; mais il faut qu'il justifie des diligences par lui faites, & de l'avis des parens, pour montrer qu'il n'a pas pu ou n'a pas dû employer les sommes qu'il avoit en ses mains.

Après la tutelle finie, de quelque maniere qu'elle ait pris fin, le tuteur ou ses héritiers sont obligés de rendre compte de leur administration au pupille ou mineur, ou à ses héritiers, & ce compte doit être rendu en la forme réglée par l'ordonnance de 1667, titr. 29, *de la reddition des comptes*, ensorte qu'il doit être rendu & clos en justice; cependant les mineurs peuvent même compromettre à des arbitres la reddition du compte tutélaire, parce qu'il peut y avoir appel de la sentence arbitrale, & cela a été ainsi jugé par plusieurs arrêts, & entr'autres par un arrêt du premier août 1707.

Du reste, dans le compte il est juste & raisonnable d'allouer aux tuteurs non seulement les dépenses nécessaires, mais même les dépenses utiles & honnêtes qu'ils ont fait ; de sorte que, quand bien même quelque événement imprévu auroit rendu inutiles les dépenses que le tuteur a dû raisonnablement faire, il ne laissera pas de les répéter, parce qu'il ne doit pas répondre des événemens, si ce n'est qu'il y eût dol, ou faute de sa part. *Sufficit enim tutori benè & diligenter negotia gessisse, etsi eventum adversum habuerit, quod gestum est. Leg.* 3, §. 7, *ff. de contrar. tutel. act.*

Le tuteur doit seulement avoir attention de justifier par des quittances les dépenses qu'il a fait, & plus encore quand elle sont un peu considérables, à moins qu'il ne fût question de dépenses ordinaires & nécessaires, & qu'il ne fût pas possible ni d'usage de retirer quittances des payemens, auquel cas on les lui alloue à la charge de son serment.

La tutelle est censée durer jusqu'à ce que le compte ait été rendu & apuré, *Arg. leg.* 6, *cod. de interd. matrim. inter pupil.* c'est-à-dire, que ce n'est que par la reddition du compte & le payement du reliqua, s'il en est dû, que les tuteurs peuvent être déchargés de leur administration, étant autrement jusqu'alors réputés comptables & reliquataires, *Dolive, liv.* 5, *chap.* 20; *Catellan, liv.* 2, *chap.* 77; & cela est conforme à l'ordonnance de 1667, tit. 29, art. 1, qui veut que le tuteurs & autres qui ont administré le bien d'autrui, soient toujours réputés comptables, encore que le

compte soit clos & arrêté, jusqu'à ce qu'ils aient payé le reliqua, s'il en est dû, & remis toutes les piéces justificatives ; ce qui n'empêche pas néanmoins que l'action en reddition du compte tutélaire, ou du payement du reliqua, ne soit sujette à la prescription trenténaire, à compter depuis que l'administration a pris fin, tout comme les autres actions. *Dunod, des prescript. pag.* 102.

Mais il n'y a pas cependant aucun acte, soit quittances, transactions, décharges, renonciations, ou autre quelconque, qui puisse suppléer à la reddition de compte à laquelle le tuteur est soumis ; ainsi même une transaction passée entre l'adulte & son tuteur, à raison de la tutelle, *non visis neque dispunctis rationibus*, est absolument nulle : & quoique les actions rescisoires en général ne durent que dix années, celle que l'adulte a pour se pourvoir contre ces sortes d'actes, dure trente ans, suivant la Jurisprudence du Parlement de Toulouse ; de sorte que le pupille ou adulte qui étant même devenu majeur auroit renoncé en faveur de son tuteur à la reddition de compte, pourroit l'y faire condamner pendant trente années, quand même cette renonciation n'auroit pas été gratuite. *Vid. Maynard, liv.* 2, *chap.* 99 *&* 100 ; *Dolive, liv.* 4, *chap.* 16 ; *Catellan, livre* 8, *chapitre* 6.

Le compte, au surplus, doit être rendu aux dépens de celui dont les biens ont été administrés, *leg.* 17, *ff. de tutel. & ration. distrah.* conformément à l'ordonnance de 1667, titr. 29, art. 18 ; cependant c'est le tuteur qui doit faire les avances desdits frais, comme étant présumé jusqu'alors reliquataire ; comme aussi le tuteur doit toujours rendre compte, quand même il en auroit été déchargé par le testament du pere du pupille ; il est vrai qu'alors on n'exige pas qu'il le rende si exactement. *Vid. Faber, en son code, lib.* 6, *tit.* 18, *def.* 18 ; *Bacquet, du droit de bâtardise, chap.* 7, *n.* 18.

Le pupille a sur les biens de son tuteur un hypothéque tacite ou légale pour tout le reliqua qui se trouve lui être dû, & ce du jour de la tutelle décernée, *leg. pro officio. cod. de administ. tutor.* au préjudice des autres créanciers intermédiaires du tuteur, & pour les intérêts même qui ont couru de ce reliqua depuis que le compte a été clôturé, *Catellan, liv.* 8, *chap.* 5, & outre cette hypothéque les pupilles ont encore la contrainte par corps, après les quatre mois, contre leur tuteur, conformément à l'art. 3, du titr. 34, de l'ordonnance de 1667, lorsque le reliqua qui leur est dû, se trouve liquide & certain.

Mais on tient communément que le tuteur, pour le reliqua qui pourroit lui être dû à lui-même sur les biens de son pupille, n'a pas cette hypothéque légale, *à die aditæ tutelæ*, c'est-à-dire, que le tuteur n'a tout au plus hypothéque pour le reliqua à lui dû que du jour de la clôture de son compte ; parce que rien n'oblige le tuteur à faire des avances pour le pupille, s'il ne veut bien les faire à ses périls & risques ; quoiqu'il y ait des Auteurs

qui tiennent qu'il faut accorder au tuteur une hypothéque pareille à celle que l'on donne au pupille, & que les choſes doivent être égales & réciproques entr'eux, *Vid. Brodeau ſur Louet, lettre H. chap.* 23 ; *la Peyrere, lettre H. n.* 43 ; quoiqu'en diſe au contraire *Vedel ſur Catellan, livre* 8, *chap.* 5.

Pour ce qui eſt des intérêts du reliqua, ou ayances dûes au tuteur, ils ne lui ſont adjugés que du jour que la tutelle a pris fin, & qu'il a remis les biens au mineur. *Catellan, liv.* 8, *chap.* 5, *in fine.*

TITRE XXI.

De Autoritate Tutorum.

Placuit licere pupillis meliorem conditionem ſuam facere, etiam ſine tutoris autoritate.

CE texte eſt obſervé comme conforme à la juſtice & à la raiſon, ſi on en excepte le cas des donations faites aux pupilles ou aux mineurs, qui, ſuivant l'ordonnance des donations du mois de février 1731, articles 7 & 14, ſont nulles & de nul effet, ſi elles n'ont été acceptées par le tuteur ou curateur deſdits pupilles ou mineurs, ou par leur pere, mere, ou autres aſcendans, ſans préjudice néanmoins du recours des pupilles ou des mineurs contre leurs tuteurs ou curateurs, s'il y a lieu, & ſans que la donation puiſſe valoir, ou être confirmée en aucun cas, ſous prétexte de l'inſolvabilité de ceux contre leſquels ce recours pourroit être exercé.

La raiſon de cette ordonnance eſt priſe ſans doute de ce qu'une donation eſt regardée comme un contrat ſinalagmatique, c'eſt-à-dire, obligatoire de part & d'autre, & qui peut ſoumettre le pupille & le mineur à des charges ou des conditions qui lui ſeroient déſavantageuſes : cependant on peut dire que les donations ne ſont miſes au rang des contrats obligatoires de part & d'autre, que très-improprement : & de-là vient auſſi qu'on juge même à préſent dans ce reſſort, & depuis l'ordonnance des donations, tout comme on le jugeoit auparavant, qu'une donation étant regardée comme un bienfait ne peut jamais être onéreuſe au donataire ; que le donataire ſoit univerſel, ou particulier, n'eſt jamais obligé qu'à concurrence des biens donnés, & qu'à quelques charges qu'il ſe ſoit ſoumis dans l'acte de donation envers le donateur, ou ſes créanciers, il lui eſt toujours libre de s'en affranchir, & de répudier la donation, quand même il n'auroit pas fait d'inventaire. *Vid. Furgole, queſt.* 8, *des donations.*

§. 1, *Neque tamen hæreditatem adire, nisi tutoris autoritate, quamvis illis lucrosa sit.*

Cette décision ne seroit pas observée parmi nous, & il n'y a pas lieu de douter que l'acceptation d'une hérédité faite par le pupille lui seul n'en seroit pas moins valable, si elle lui étoit avantageuse, puisque l'on convient que le pupille peut même faire sa condition meilleure sans l'intervention de son tuteur, comme il est dit au commencement de ce titre.

§. 2, *Tutor autem in ipso negotio præsens debet auctor fieri.*

Il faut remarquer que par l'usage de ce Royaume le tuteur fait encore plus qu'intervenir dans les actes, & d'y autoriser le pupille ; c'est au contraire le tuteur lui-même qui en cette qualité agit, plaide, est assigné, ou contracte pour le pupille, ou est condamné en ladite qualité.

§. 3, *Si inter tutorem pupillumque judicium agendum sit, curator in ejus locum datur.*

La régle du droit étant de ne point donner de tuteur à celui qui en a déja un, §. 5, *infr. de curatorib.* Lorsqu'il survient quelque procés ou quelque demande à former entre le tuteur & le pupille, on donne alors au pupile un curateur; de même que lorsque dans un même procés le tuteur & le pupille ont des intérêts différens, on pourvoit alors d'office d'un curateur au pupille, & ce curateur est toujours un procureur postulant.

Lorsqu'il y a quelque procés entre un pupille & son pere qui est son tuteur naturel, on nomme aussi un curateur au pupille pour ce procès, de l'avis des parens assemblés, & les libelles sont donnés au nom de ce curateur.

Dans les pays coûtumiers on nomme toujours, outre le tuteur ordinaire, un subrogré tuteur, pour assister à l'inventaire des effets pupillaires, & pour autoriser le pupille dans les procés qu'il peut avoir contre le tuteur ordinaire ; ainsi on ne suit pas dans ces pays la régle qui veut que *tutorem habenti tutor dari non possit.* Voyez *Louet & Brodeau, lettre T. chap.* 13.

TITRE XXII.

Quibus modis Tutelâ finitur.

Pupilli pupillæque cùm puberes esse cœperint, à tutelâ liberantur.

DANS les pays régis par le droit écrit on suit ce texte à la lettre, & la tutelle y finit à la puberté qui commence, ainsi qu'il est dit ici, après quatorze ans accomplis pour les mâles, & après la douzieme année expirée

pirée pour les filles ; il en eſt autrement dans les pays coûtumiers, car on n'y fait point de diſtinction entre la tutelle & la curatelle, mais la tutelle y dure juſqu'à l'âge de vingt-cinq ans, ſuivant la plûpart des coûtumes, quoiqu'il y en ait quelques-unes qui l'aient fixée au deſſous de cet âge. *Vid. Coquille, en ſes Inſtit. pag.* 108 *&* 109.

D'ailleurs dans les pays de coûtume les adultes ou mineurs peuvent y obtenir, avant que la tutelle ou curatelle finiſſe, des lettres de chancellerie, qu'on appelle lettres de bénéfice d'âge, addreſſées au Juge de ſon domicile, lequel procéde à leur entérinement ou régiſtre, de l'avis des plus proches parens ; ces lettres ne s'accordent ordinairement qu'à l'âge de dix-huit-ans : elles produiſent en quelque façon l'effet d'une majorité anticipée, & donnent à celui qui les a obtenues, la faculté de diſpoſer de ſes meubles, & d'avoir la libre adminiſtration des revenus & fruits de ſes immeubles ; mais elles ne font pas qu'il puiſſe vendre, aliéner, ou hypothéquer ſes immeubles avant la majorité accomplie. *Vid. Coquille, dict. loc. pag.* 109.

§. 4, *Sed & capitis deminutione, per quam libertas vel civitas amittitur, omnis tutelâ perit.*

Il eſt vrai qu'à la rigueur il faut que le tuteur ait été condamné à une de ces peines qui emportent avec ſoi la mort civile, pour qu'on puiſſe dire que la tutelle qu'il exerçoit, a pris fin ; & il n'y a que la condamnation à mort, ou aux galeres perpétuelles, ou au banniſſement à perpétuité, qui produiſent cet effet ; cependant on tient que quand le tuteur ne ſeroit condamné qu'à un banniſſement à tems, amende honorable, ou autre peine infamante, il eſt dès-lors regardé comme ſuſpect, & doit être rejetté de la tutelle par indignité ; ce qui eſt en effet conforme à ce qui eſt dit dans le paragraphe dernier de ce titre. *Vid. la Roche, liv.* 4, *titr.* 9, *art* 4.

TITRE XXIII.

De Curatoribus.

Uſque ad vigeſimum quintum annum completum curatores accipiunt, quia, licèt puberes ſint, adhuc tamen ejus ætatis ſunt, ut ſua negotia tueri non poſſint.

CE texte eſt obſervé dans les provinces qui ſont régies par le droit écrit, au lieu que dans les pays coûtumiers la tutelle étant confondue avec la curatelle, comme nous l'avons dit, y dure juſqu'à la majorité, & que par conſéquent les mineurs n'y peuvent pas avoir des curateurs tels que ceux dont il eſt ici parlé, que lorſqu'ils ont obtenu avant ce tems des lettres de bénéfice d'âge.

Mais il faut remarquer que la tutelle ou la curatelle de nos Rois finit dès qu'ils ont atteint la quatorzieme année de leur âge, suivant un édit du Roi Charles V. *dit* le Sage, donné en 1375 en l'assemblée des états généraux du Royaume. *Le Bret, traité de la Souverain. liv.* 1, *chap.* 5.

§. 2, *Item inviti adolescentes curatores non accipiunt, præterquam in litem.*

Par la fin de la tutelle les mineurs deviennent maître de leur personne, mais non pas de leurs biens, & c'est ce que l'on dit communément que le tuteur est principalement donné aux personnes, & le curateur aux choses, ainsi quoique le mineur soit capable d'agir, néanmoins quand on plaide, ou qu'on a quelque procés contre lui, on peut l'obliger à prendre un curateur & demander qu'il lui en soit nommé un, & l'usage journalier est en cette matiere que le Juge nomme toujours pour curateur le Procureur qui occupe pour le mineur, auquel pour toute formalité on se contente de faire prêter serment en justice de bien défendre le mineur : *Vid Boerius, quest.* 92; si l'on avoit manqué à cette nomination ou formalité, le jugement ou arrêt qui seroit rendu, pourroit être renversé par le mineur par la voie de la requête civile ; parce qu'alors il tomberoit dans le cas de pouvoir opposer qu'il n'a pas été valablement défendu, *Vid. l'article* 35, *du titre des requêtes civiles de l'ordonnance de* 1667; un mineur même devenu majeur durant le cours de l'instance peut attaquer l'arrêt rendu après sa majorité, par cette seule raison qu'il n'avoit pas de curateur, si la défense étoit complette & parfaite, lorsqu'il est devenu majeur. *Vid. Graverol sur la Roche, liv.* 2, *verb. mineurs. art.* 5 ; *Catellan, liv.* 9, *chap.* 2 *&* 3.

Il n'en est pas de même à l'égard des contrats ou autres actes passés par le mineur, car il suffit que le mineur y soit assisté d'un curateur qu'il nomme, & choisit lui-même tel qu'il veut, & on ne peut tout au plus qu'en excepter les actes de donation; car comme c'est le curateur lui-même qui doit accepter la donation faite au mineur, il faut, si l'on en croit *Furgole* sur l'article 7, de l'ordonnance du mois de février 1731, que ce curateur du mineur soit nommé ou du moins confirmé par le Juge, & prête serment devant lui : mais à l'égard de tous les autres contrats, le mineur y nomme lui-même un curateur qui l'assiste sans prestation de serment, ni autre formalité ; encore même selon *Cujas* sur la loi 101, *ff. de verbor. obligat.* les simples obligations personnelles contractée par les mineurs sans curateur sont valables, n'y ayant que les contrats d'aliénation des biens immeubles qui leur soient défendus ; & en un mot la nomination ou assistance du curateur n'est qu'une précaution qui n'empêche pas que le mineur ne soit toujours restitué, s'il se trouve lézé, & dont le défaut seul n'opére pas que l'acte soit emporté, s'il n'y a pas de léſion; tout au plus la léſion est-elle présumée de droit, quand le mineur a traité sans curateur, au lieu qu'au-

trement c'eſt au mineur à la prouver. *Vid. Vinnius* ſur cetitre *ad princip. n.* 6 ; *Pereſius*, *cod. ſi tutor vel curat. interven. n.* 1 *&* 3.

Quelquefois il arrive que des mineurs paſſent des contrats dans leſquels ils ſe déclarent majeurs ; mais outre qu'il eſt défendu aujourd'hui aux Notaires d'inſérer dans les actes ces déclarations ou aſſertions de majorité, les arrêts n'y ont aucun égard, & ne laiſſent pas que de reſtituer en entier le mineur ; ces aſſertions ne ſeroient tout au plus de quelque conſidération que dans les cas où l'on verroit clairement qu'il y a du dol de la part du mineur, ce qui eſt rare, & c'eſt ainſi qu'il faut entendre les loix 2 *&* 3, *cod. ſi minor ſe majorem dixerit.* Il y a pluſieurs arrêts modernes du Parlement de Toulouſe qui l'ont ainſi jugé, entr'autres un du 16 juin 1730 pour le ſieur Maraval contre le ſieur Cabanes, & un autre du 2 août 1731 pour la demoiſelle Gondange contre la demoiſelle Verduron. Voyez *Brodeau ſur Louet*, *lettre M. chap.* 7.

§. 3, *Furioſi & prodigi*, *licèt majores viginti quinque annis ſint*, *tamen in curatione ſunt.*

§. 4, *Sed & mente captis*, *ſurdis & mutis*, *&c.*

On donne des curateurs aux prodigues, aux fols, aux imbécilles, & aux ſourds & muets de naiſſance, quand il en eſt beſoin, & généralement à toutes les perſonnes qui bien que majeures ſont incapables de gouverner leurs affaires, & c'eſt le Juge du domicile qui donne les curatelles, tout comme il a été déja dit des tutelles.

Il y a ſeulement deux choſes à obſerver à ce ſujet. La premiere, qu'à l'égard des prodigues le même jugement qui leur donne un curateur, leur interdit auſſi l'adminiſtration de leurs biens, enſorte que tous les actes ou contrats qu'on pourroit enſuite paſſer avec eux, ſont nuls & invalables ; on prend même quelquefois la précaution de faire ſignifier aux Syndics des Notaires le jugement d'interdiction.

La ſeconde obſervation conſiſte en ce que pour que le Juge puiſſe donner des curateurs aux perſonnes qui ſont incapables de régir leurs affaires, il faut que les proches parens de ces perſonnes le demandent : c'eſt donc à la requête & ſur la nomination des parens aſſemblés que le Magiſtrat leur donne un curateur ; mais on doit auparavant bien conſtater leur état ; car les queſtions d'état étant très-importantes, elles exigent auſſi *omnimodam probationem*, c'eſt-à-dire, qu'il faut joindre à l'aſſemblée des parens la preuve teſtimoniale ou enquête de la diſſipation & mauvaiſe conduite des prodigues, de même que l'enquête, & la vérification & atteſtation des Médecins & Chirurgiens, concernant l'état ou la maladie de ceux qui ſont prétendus fols, imbécilles & privés de ſens ; il y a un arrêt du premier août 1724 rendu en l'audience de la Grand-Chambre du Parlement de Toulouſe, qui

en réformant une ſentence du Sénéchal de Tarbe, jugea que pour prouver l'imbécillité ou démence d'une perſonne vivante, il falloit, outre l'aſſemblée des parens & la vérification des Médecins, la preuve teſtimoniale, & que les Médecins devoient être nommés d'office par le Juge.

§. 5, *Interdùm & pupilli curatores accipiunt.*

Nous avons déja parlé ſur le paragraphe 3 du titre *de autorit. tutor.* des cas où l'on donne un curateur au pupille, comme pour un procés qu'il peut avoir contre ſon tuteur, & nous y avons auſſi parlé du tuteur ſubrogé que l'on nomme dans les pays coûtumiers pour aſſiſter à l'inventaire des effets & autoriſer le pupille dans les procés qu'il peut avoir contre le tuteur ordinaire; la charge de ces curateurs ou tuteurs ſubrogés étant entierement limitée à une certaine choſe, ils ne ſont pas ſans doute reſponſables du reſtant de l'adminiſtration tutélaire, ni de la mauvaiſe geſtion du tuteur ordinaire.

Mais il y a d'autres tuteurs qu'on appelle honoraires, & qu'on a accoûtumé de nommer ſur-tout dans les pays coûtumiers, lorſque la tutelle eſt conſidérable, & que les parties ſont d'une qualité diſtinguée, outre le tuteur onéraire, ainſi appellé, parce qu'il ſupporte le poids & la fatigue de l'adminiſtration; & l'on demande ſi ces tuteurs honoraires ſont ſubſidiairement reſponſables de la geſtion: ſur quoi l'on peut dire, en expliquant ce que *Boutaric* a remarqué en cet endroit, qu'il y a des tuteurs honoraires qui ne ſont donnés ſeulement que pour appuyer le pupille de leur autorité & de leur protection, comme ſont des Princes, ou autres perſonnes d'un haut rang; il y en a d'autres qui ne ſont pas établis ſeulement pour l'honneur & la protection, ni pour adminiſtrer, mais dont l'obligation eſt d'avoir inſpection ſur le tuteur qui adminiſtre, deſquels il eſt parlé dans la loi 3, §. 2, *ff. de adminiſt. tutor.* C'eſt par les circonſtances qu'on peut connoître de quelle de ces deux eſpeces eſt le tuteur honoraire, & les arrêts ont jugé que ces tuteurs honoraires ſont le plus ſouvent tenus ſubſidiairement du péril de l'adminiſtration, après que le tuteur onéraire a été diſcuté & ſe trouve inſolvable; on n'en excepte guere que les Princes, ou autres perſonnes d'un rang élevé, parce qu'ils ne ſont donnés que comme protecteur des pupilles, & que leur qualité répugne à les aſſujettir au ſoin & au détail d'une inſpection de tutelle. *Vid. Maynard, liv. 2, chap. 96; Mornac ſur la Loi 60, ff. de ritu nupt. Vedel ſur Catellan, liv. 8, chap. 9.*

Il eſt parlé dans la loi 14, §. 1, *ff. de ſolutionibus*, d'une autre eſpece de tuteurs appellés *notitiæ cauſa*, que la loi ſoumet tout comme les autres tuteurs à demeurer reſponſables de l'adminiſtration tutélaire; mais ces tuteurs *notitiæ cauſa* ne ſont pas connus en France; on ne peut pas même les comparer à ces perſonnes deſquelles le tuteur eſt quelquefois chargé de prendre l'avis, ces perſonnes ne pouvant être jamais reſponſables de la geſtion

tion du tuteur, comme on l'apprend dans *Catellan*, *livre* 8, *chapitre* 9.

§. 6, *Quem velit autorem periculo ipsius tutoris, constituet.*

Le tuteur est sans difficulté responsable & garant de la conduite des agens qu'il commet ou fait commettre, tout comme il est responsable aussi envers le pupille de l'administration qu'il a souffert qu'un autre fît de la tutelle.

TITRE XXIV.

De Satisdatione Tutorum, vel Curatorum.

Curet Prætor ut & tutores & curatores eo nomine satisdent.

PAR la Jurisprudence universelle de ce Royaume les tuteurs & curateurs, quels qu'ils puissent être, ne sont point obligés de cautionner pour raison de leur administration, *la Roche & Graverol, liv.* 4, *lettre T. titr.* 9, *art.* 25; mais on regarde en quelque sorte comme étant leurs cautions, les parens qui ont procédé à la nomination, *tanquam qui idoneos esse tutores affirmaverunt, leg.* 4, *in fine ff. de fidejuss. & nominat.* & en cette qualité de nominateurs les parens sont aussi déclarés responsables de l'insolvabilité du tuteur; ce qui doit néanmoins être entendu avec ce tempérament, qu'ils n'en sont pas tenus, lorsqu'on ne peut leur imputer ni dol ni négligence dans le choix qu'ils ont fait, & lorsque le tuteur étoit communément reconnu pour homme de bien & solvable au tems de sa nomination: *Vid. Maynard, liv.* 6, *chap.* 56; *Cambolas, liv.* 5, *chap.* 29; *Graverol sur la Roche, liv.* 6, *titr.* 78, *art.* 1; *Louet & Brodeau, lettre T. chap.* 1; *Bacquet, du droit de bâtard. chap.* 7, *n.* 14; *le Prestre, centur.* 1, *chap.* 61; cette action en garantie contre les nominateurs n'est pas même du tout en usage dans les pays coûtumiers, *Graverol, Bacquet, Louet & Brodeau, dictis locis.*

§. 1, *Si ex testamento vel inquisitione, duo pluresve dati fuerint, potest unus offerre satisdationem, & præferri ut solus administret.*

Les tuteurs & curateurs étant déchargés en France du bail de caution, il faudroit que si en offrant de donner bonne caution, un parent prétendoit exclure l'autre de la tutelle, leur condition fût entierement égale en tout, au cautionnement près; car ce seroit dans cette égalité seulement qu'il seroit juste de préférer le parent qui offriroit de cautionner; aussi le texte que nous expliquons, parle de deux tuteurs dont la condition est pareille, & donnés l'un & l'autre, *vel ex testamento, vel inquisitione*: ainsi dans le cas de l'arrêt rapporté par *Mornac sur la loi* 20, *cod. de episcop. audient.* la mere

d'un pupille, quoiqu'elle voulût obliger le tuteur nommé par le teſtament du pere à donner caution, & qu'elle offrît elle-même d'en bailler pour l'exclure, ne lui fut pourtant pas préférée.

Quelquefois il arrive qu'un pupille a pluſieurs tuteurs, comme ayant des biens dans les provinces ou pays différens & éloignés, ou parce que la tutelle eſt trop conſidérable & trop embarraſſante pour être adminiſtrée par une perſonne, & l'on obſerve à cet égard la diſpoſition du droit en la loi *ſi diviſio. cod. de dividend. tutel.* qui veut qu'il n'y ait point de ſolidité entre deux ou pluſieurs tuteurs, lorſque la tutelle a été diviſée en portions ou en provinces par le teſtateur lui-même ou par le Juge, c'eſt-à-dire, qu'ils ne peuvent être alors obligés que chacun pour ſa part ou pour ſa province; mais au contraire lorſque les tuteurs ayant été nommés conjointement & par indivis, ils ont eux-mêmes enſuite partagé ou diviſé entr'eux la geſtion, ou bien, convenu que l'un d'entr'eux adminiſtreroit ſeul, la ſolidité a lieu contre eux en faveur du pupille ou mineur, ſauf à celui qui a tout payé, ſon recours contre les autres, ainſi qu'il le trouve à propos. *Vid. Bacquet, du droit de bâtard. chap.* 7, *n.* 8; *la Peyrere, lettre T. n.* 167; *Deſpeiſſes, tom.* 1, *pag.* 535, *col.* 2.

Il y a deux déclarations du Roi conformes à ce que deſſus, & qui réglent la forme de l'élection & les fonctions des tuteurs & curateurs des mineurs qui ont des biens ſitués en France, & d'autres biens dans les colonies de l'Amérique; l'une eſt du 15 décembre 1721, & l'autre du premier février 1743.

§. 2, *Subſidiaria actio in eos datur, &c.*

Cette action ſubſidiaire du pupille contre le Juge qui a décerné la tutelle, n'eſt preſque point en uſage : le cautionnement des tuteurs ou curateurs étant abrogé, le Juge qui procéde à leur nomination, ne reçoit pas par conſéquent des cautions de leur part, il faudroit qu'il y eût dol ou fraude évidente de la part du Juge qui auroit confirmé le choix fait d'un tuteur, ou qui en auroit nommé un tout-à-fait ſuſpect & inſolvable, pour qu'il pût être garant ſubſidiairement de l'adminiſtration. Voyez *Bornier ſur Ranchin, verb. tutor. art.* 33; & les Auteurs qu'il cite.

TITRE XXV.

De Excuſationibus Tutorum, vel Curatorum.

Si tres liberos ſuperſtites Romæ quis habeat, vel in Provinciis quinque, à tutelâ vel curâ poteſt excuſari.

IL eſt reçu dans ce Royaume que le nombre de cinq enfans légitimes & vivans ſuffit pour exempter de la charge de tuteur ou de curateur; mais on y juge néanmoins contre la loi 2, *ff. de excuſat. tutor.* que le cinquieme enfant ſeulement conçu, & dont la femme du tuteur nommé eſt enceinte, doit être compté dans ce nombre, & ſervir d'excuſe, de même que s'il étoit né pendant l'appel du jugement de nomination. *Catellan, liv.* 8, *chap.* 7; *Journal des Audiences, tom.* 3, *liv.* 2, *chap.* 9; *la Peyrere, verb. tuteur. pag.* 513; *nouvel Albert, lettre T. chap.* 54.

Conſtat eos ſolos prodeſſe, qui in acie ceciderunt.

A l'exemple des enfans qui ſont morts à la guerre en combattant pour la patrie, on juge auſſi que les enfans morts au monde par la profeſſion religieuſe doivent être également comptés dans le nombre de cinq, à l'effet d'exempter leur pere de la tutelle; il eſt vrai que *Vedel* dans ſes obſervations ſur *Catellan, liv.* 8, *chap.* 7, reſtreint cela aux filles religieuſes ſeulement, parce, dit-il, que les filles ont coûté au pere pour leur entrée en religion, au lieu que l'entrée en religion du fils eſt au contraire une décharge & un ſoulagement pour le pere; il cite à ce ſujet un arrêt du 25 mai 1716, où il s'agiſſoit, dit-il, d'une fille, & par lequel il prétend que cette vaine diſtinction de la décharge coûteuſe, ou non coûteuſe, a été accueillie: je me ſouviens de cet arrêt & je ne ſçaurois affirmer s'il étoit queſtion d'une fille ou d'un garçon, mais je ſçai bien du moins qu'après la prononciation de l'arrêt, M. de Bertier, premier Préſident, avertit le Barreau ſans faire aucune diſtinction, qu'il ne falloit plus douter que les enfans religieux ne fiſſent nombre pour l'exemption de la tutelle. *Vid. Soefve, tom.* 1, *cent.* 1, *chap.* 12; *Henrys, tom.* 2, *liv.* 4, *chap.* 73.

§. 1, *Qui res Fiſci adminiſtrat, &c.*

Les Tréſoriers, Receveurs ou Fermiers des droits du Roi, Collecteurs, & autres comptables, ſont exempts de la tutelle, ce qui n'eſt pas tant introduit néanmoins en leur faveur, qu'afin que leurs facultés obligées au Fiſc n'en ſoient pas diminuées, ou pour mieux dire, qu'ils ne ſoient pas expoſés à diſſiper les deniers royaux. *Vid. le Journal des Audiences, tom.* 1, *liv.* 1, *chap.* 31.

Pour ce qui eſt des charges, autres que celles des comptables, il y en a pluſieurs en France qui donnent le privilége d'exemption de tutelle & des autres fonctions publiques; cette exemption eſt même devenue commune au-

jourd'hui à toutes les charges de nouvelle création, comme celle de Maires, Lieutenans de Maire, Conſuls, & autres.

§. 4, *Propter litem quam cum pupillo habet tutor vel curator.*

Le procès qu'il pourroit y avoir entre le tuteur & le pupille, n'eſt pas un moyen d'excuſe de la tutelle, à moins, comme il eſt dit ici, que ce procès ne fût ſi important, auquel cas il pourroit même fournir un juſte ſujet d'excluſion contre le tuteur.

Les créanciers ou les débiteurs du pupille peuvent être encore nommés ſes tuteurs, & ſes qualités ne donnent pas un moyen légitime de diſpenſe ni d'excluſion de la tutelle, car nous ſuivons à cet égard la loi 7, *cod. de excuſat. tutor.* & non pas la novelle 72, d'où a été priſe l'authentique *minoris*, *cod. qui dare tutores*, comme il paroît par les arrêts remarqués par *Catellan*, *liv.* 8, *chap.* 1.

Cependant on s'en tient à cette novelle, & il y a lieu de la ſuivre, en ce qu'elle veut que le tuteur nommé qui a accepté & adminiſtré la tutelle, ſans déclarer qu'il fût créancier ou débiteur, perde ſa créance, s'il eſt créancier, & ne puiſſe pas, s'il eſt débiteur, s'aider du payement de la dette qu'il prétendroit avoir fait au pupille ou mineur pendant ſa geſtion, & poſtérieurement à l'acceptation de la tutelle; toutefois on n'uſe pas de cette rigueur, lorſqu'il ne s'agit pas d'une créance ou d'une dette conſidérable, ni à l'égard des aſcendans ou oncles nommés tuteurs, ni en un mot lorſqu'il n'y a aucun ſoupçon de fraude. *Vid. Vedel ſur Catellan dict. loc.*

§. 5, 6, 7, 8 & 9.

On peut dire que parmi nous les moyens d'excuſe ou d'exemption de la tutelle, dont il eſt parlé dans ces paragraphes, tels que le nombre des tutelles, la mauvaiſe ſanté ou maladie, l'ignorance, & autres ſemblables, ſont laiſſés à l'arbitrage & à la prudence du Juge, & que le tout doit ſe régler & ſe décider par les circonſtances : par exemple, ſi le pupille avoit de grands biens, ou des affaires difficiles, il ne ſeroit pas raiſonnable de lui donner pour tuteur un illittéré qui ne ſçût ni lire ni écrire; au lieu que ſi la tutelle ne conſiſte qu'au regime des biens qui peuvent être gouvernés par un homme de bon ſens & diligent, le tuteur nonlettré ne peut pas s'excuſer, comme il s'obſerve à l'égard des tutelles des enfans des payſans ou artiſans.

§. 10, *Non eſſe admittendam excuſationem ejus qui hoc ſolo utitur, quòd ignotus patri pupillorum ſit.*

Les tutelles étant datives & élective en France, on peut ſans contredit y nommer un homme inconnu au pere des pupilles : mais ſi un pere avoit par ſon teſtament nommé pour tuteur à ſes enfans qui ont des parens, un homme à lui inconnu ou un étranger, qui ne fût ni parent ni allié des pupilles, ou ſi les parens eux-mêmes l'avoient élu, l'excuſe de ce tuteur ſeroit reçue dans l'un &

dans

dans l'autre cas; parce que la régle veut qu'on faſſe toujours choix, en matiere des tutelles, d'un parent ou d'un allié, & en défaut ſeulement de ceux-ci, d'un des proches voiſins, comme l'a remarqué *la Roche*, *liv.* 4, *titr.* 9, *art.* 2 *&* 3. On obſerve également de ne pas nommer de tuteur qui ne ſoit de la même Ville ou Province, afin d'obvier aux frais des voyages du tuteur. *la Roche*, *ibid.*

§. 11, 12, 13 *&* 14.

L'excuſe dont parle ici l'Empereur, priſe des inimitiés du tuteur avec le pere du pupille, doit être miſe au rang de celles dont la déciſion eſt laiſſée à la prudence du Juge, comme on peut le voir dans *Expilly*, *plaidoyé* 5, de même que celle de l'âge de ſoixante-dix ans accomplis; car quoiqu'on ne puiſſe pas aux termes des loix, la rejetter après cet âge, on peut quelquefois la recevoir plutôt, les infirmités de la vieilleſſe ſe trouvant ſouvent anticipées dans pluſieurs perſonnes: du reſte, à l'égard des mineurs, il eſt certain qu'il ne peuvent pas être nommés eux-mêmes ni tuteurs, ni curateurs, comme dit le paragraphe 13, quand même ils voudroient accepter ces charges, ainſi que nous l'avons déja dit ci-devant ſur le titre *qui teſtamento tutores dari poſſ.* Mais il n'en eſt pas de même à l'égard des gens de guerre, quoiqu'en diſe le paragraphe 14; il eſt vrai qu'ils ne peuvent pas parmi nous être forcés d'être tuteurs, & qu'ils peuvent s'en excuſer, mais rien n'empêche auſſi qu'ils ne puiſſe accepter la charge de la tutelle, s'ils y conſentent. *Vid. le nouvel Albert*, *let. T. c.* 56.

§. 15, *Romæ*, *Grammatici*, *Rethores*, *Medici*, *&c.*

L'exemption de tutelle & de curatelle eſt accordée aux Profeſſeurs de toutes les Univerſités, *leg.* 1, *cod. de decret. decurion. ſuper immunit. & leg.* 6, *cod. de Profeſſoribus. La Roche*, *liv.* 5, *tit.* 1, *art.* 7 *&* 9. Les Avocats & les Médecins jouiſſent auſſi de ce privilége, mais cela eſt reſtreint à ceux qui ſont du premier ordre, & qui par leur étude & leur capacité reconnue ont mérité la confiance du public. *Duranti & Ferrieres*, *queſt.* 34; *la Roche & Graverol*, *liv.* 4, *verb. tutelles art.* 7 *&* 9.

§. 16, *Qui excuſare ſe volunt*, *non appellant*, *ſed intrà quinquaginta dies ſe excuſare debent.*

Suivant l'uſage de ce Royaume, lorſque le tuteur a été nommé, il eſt aſſigné à la requête des parens, ou du Procureur du Roi, ou Fiſcal, pour prêter le ſerment, & doit ſe préſenter ſur cette aſſignation, s'il le trouve à propos, dans le délais qui ſont preſcrits par l'ordonnance de 1667; mais s'il prétend refuſer la tutelle, il n'eſt pas obligé de propoſer ſes moyens d'excuſe ou d'exemption devant le Juge qui l'a nommé, & il lui eſt libre d'être appellant de ſa nomination devant le Juge ſupérieur, ce qui eſt même aſſez conforme à la loi 18, *cod. de excuſat. tutor.*

§. 18 *&* 19.

Le premier de ces deux textes eſt obſervé dans les pays de droit écrit, où la

tutelle eſt diſtincte de la curatelle, c'eſt-à-dire, qu'après la tutelle finie le tuteur ne peut pas être forcé de ſe charger de la curatelle de l'adulte ; ſur quoi on peut voir *la Peyrere*, *verb. tuteur. n.* 168 : mais ceci eſt inutile dans les pays coûtumiers, où la tutelle & la curatelle confondues enſemble durent juſqu'à l'âge de vingt-cinq ans.

Quant au paragraphe 19, ſa déciſion ne convient pas à nos mœurs, & ne ſçauroit être d'uſage en aucun lieu ; enſorte qu'un mari, parmi nous, ne ſeroit pas exclus de la curatelle de ſa femme, & moins encore dans les pays de coûtume, où les femmes ſont ſous la puiſſance de leur mari, & ont beſoin même de leur autoriſation auſſi-bien pour contracter que pour eſter en jugement. *Vid. Brodeau ſur Louet*, *lettre M. chap.* 1.

§. 20, *Si quis falſis allegationibus excuſationem tutelæ meruerit, non eſt liberatus onere tutelæ.*

Cette déciſion paroît dure, il faudroit qu'il y eût bien du dol de la part de celui qui auroit été exempté de la tutelle, pour qu'on pût le rendre ſubſidiairement garant de l'adminiſtration tutélaire. *Vid. le Journal du Palais*, *tom.* 1, *pag.* 312.

TITRE XXVI.

De ſuſpectis Tutoribus, vel Curatoribus.

§. 1, *Datum eſt autem jus removendi tutores ſuſpectos, Romæ Prætori, & in Provinciis Præſidibus.*

PARMI nous, c'eſt devant les mêmes Juges qui ont procédé à la nomination des tuteurs, qu'on doit ſe pourvoir, lorſqu'on veut les accuſer comme ſuſpects, ou les faire rejetter de la tutelle.

§. 3, *Sciendum eſt quaſi publicam eſſe hanc accuſationem, hoc eſt, omnibus patere.*

Les actions populaires que le droit Romain permettoit à qui que ce fût d'exercer, étant abolies en France, comme nous le dirons ailleurs, il n'y a par nos uſages que les gens du Roi, ou les proches parens du pupille avec l'adjonction des gens Roi, qui puiſſent accuſer un tuteur de ſuſpection, ou de malverſation.

§. 12, *Tutor, quamvis pauper ſit, fidelis tamen & diligens, removendus non eſt.*

Loïn que la pauvreté puiſſe faire regarder comme ſuſpect un tuteur, d'ailleurs honnête homme & vigilant, elle eſt au contraire un motif pour accorder des appointemens, ou ſalaires, au tuteur qui n'eſt pas riche, *& ſolitus eſt operas ſuas locare*, ſur-tout lorſque dès le commencement de la tutelle il a déclaré qu'il entendoit être payé de ſes vacations ; quelquefois même ſans cela on adjuge des appointemens aux tuteurs, eu égard aux circonſtances, & aux peines & ſoins que la tutelle a pu leur cauſer. *Vid. la Roche*, *liv.* 4, *verb. tuteur. art.* 10, *& liv.* 6, *titr.* 78, *art.* 2 ; *Bardet*, *tom.* 2, *liv.* 3, *chap.* 26 ; *Catellan*, *liv.* 8, *chap.* 10 ; *Ferrieres*, *in quæſt.* 68 *de Guypap.*

Fin du Livre premier.

LES INSTITUTIONS DU DROIT FRANÇOIS,

SUIVANT L'ORDRE DE CELLES DE JUSTINIEN,

ACCOMMODÉES A LA NOUVELLE JURISPRUDENCE, DIVISÉES EN QUATRE LIVRES.

LIVRE SECOND.

TITRE PREMIER.

De Rerum diviſione, & acquirendo ipſarum Domino.

Superiore Libro de Jure Perſonarum expoſuimus, nunc videamus de rebus.

LE droit des gens & le droit civil ont fait des choſes propres & particulieres à un chacun, de ce qui, ſuivant la nature, devoit être commun à tous ; la Providence divine l'a même ainſi permis, pour maintenir l'ordre de la ſociété politique, & la dépendance entre les hommes : enſorte que, s'il y a quelque choſe à redire au partage de biens & de fortune qui eſt devenu ſi inégal entre les particuliers, ce n'eſt que parce que l'amour propre, la cupidité, ou la démangeaiſon d'accumuler, s'en ſon mêlées, & qu'on ne s'en tient pas exac-

tement aux moyens légitimes d'acquérir, dont il va être parlé ci-après.

§. 1, *Communia sunt omnium hæc, aër, aqua profluens, mare, & per hoc littora maris.*

La nature a rendu commun sans doute l'usage de l'air & des eaux, & *Boissieu* dans son traité de l'usage des Fiefs, chap. 34, n'a pu s'empêcher de se récrier à ce sujet contre les servitudes extraordinaires que certains Seigneurs ont imposé aux habitans de leurs seigneuries : ils ne se sont pas contentés, dit-il, de s'approprier les terres par le moyen des champarts, agriers, censives, & autres droits fonciers, ils se sont encore attribués les eaux, les petites rivieres, & la banalité des moulins ; l'air est à eux, puisqu'ils prennent en quelques lieux un droit pour la naissance des enfans ; le feu même n'est pas échappé à leur domination, puisqu'ils exigent des redevances pour chaque habitant faisant feu ou fumée.

Il nous doit suffire de remarquer que par des raisons toutes contraires, prises de l'utilité publique, les rivages de la mer, de même que les eaux de la mer qui environne les côtes de ce royaume, sont déclarés appartenir au Roi, tout comme les rivages de la mer appartenoient au Peuple romain dans les terres de sa domination, suivant la loi 3. *ff. ne quid in loco publico.* Voyez *le Bret, traité de la Souveraineté, liv.* 2, *chap.* 14 ; *Dolive, liv.* 2, *chap.* 3.

Ainsi par l'ordonnance de la marine de 1681, liv. 4, titr. 7, art. 2, il est fait défenses à toutes personnes de bâtir sur les rivages de la mer, d'y planter aucuns pieux, ni faire aucuns ouvrages qui puissent porter préjudice à la navigation, à peine de démolition desdits ouvrages, de confiscation des matériaux, & d'amende arbitraire.

§. 2, *Flumina autem omnia, & portus, publica sunt.*

Les choses qui étoient publiques chez les Romains, c'est-à-dire, qui appartenoient au peuple dans la République romaine, doivent appartenir aussi en effet aux Princes souverains chacun dans ses états, parce qu'ils en ont pris sur eux le soin & la protection ; mais cette raison s'applique plus particuliérement encore aux rivieres navigables, parce que le plus souvent elles font la séparation ou la communication des Etats & des Provinces, qu'elles y apportent l'abondance par le moyen du commerce & de la navigation, & qu'il y auroit des inconvéniens infinis, si tout autre que le Souverain en avoit la propriété. *Boissieu, traité des fiefs, chap.* 37.

Ainsi le Roi a déclaré les rivieres navigables faire partie du domaine de sa couronne, qui est inaliénable & imprescriptible ; c'est dans l'article 14, du titre 27, de la police & conservation des Forêts, Eaux & Rivieres, de l'ordonnance de 1669, qui porte : „ déclarons la propriété de tous les fleu-
„ ves & rivieres portant bâteaux de leurs fonds, sans artifice & ouvrage
„ des mains, dans notre royaume, faire partie du domaine de notre cou-
„ ronne,

„ ronne, nonobſtant tous titres & poſſeſſions contraires, ſauf les droits de „ pêche, moulins, bacs, & autres uſages que les particuliers peuvent y „ avoir par titres & poſſeſſions valables " Sur quoi on peut voir encore la déclaration que le Roi a rendu au mois d'avril 1683, qui explique ce que l'on doit entendre par ces mots de *titres & poſſeſſions valables.*

Pour ce qui eſt des rivieres qui ne ſont navigables, le Roi a toléré que les Seigneurs Hauts-Juſticiers, dans les ſeigneuries deſquels elles coulent, s'en ſoient attribué la propriété, & on les regarde inconteſtablement aujourd'hui comme leur appartenant & faiſant portion des droits de la Haute-Juſtice. *Vid. Boiſſieu, traité des fiefs, chap.* 37 *&* 60 ; *Coquille ſur les coût. de Nivern. chap* 16, *art.* 1 ; *la Roche, traité des droits ſeigneuriaux, chap.* 17, *article* 1.

De-là vient que lorſqu'une riviere non navigable ſépare deux différentes Juriſdictions, chaque Seigneur en a de ſon côté la propriété juſqu'au fil ou courant de l'eau ; & lors même qu'une riviere, quoique navigable en certains endroits, ne l'eſt pas dans le cours qu'elle fait en la terre d'un Seigneur Haut-Juſticier, on la regarde auſſi comme lui appartenant en cet endroit de ſa ſeigneurie. *Vid. Boerius, deciſ.* 352, *n.* 5.

Mais en eſt-il des ſimples ruiſſeaux ou torrens, & de ceux même qui ſont à ſec une partie de l'année, comme des rivieres non navigables qui appartiennent aux Seigneurs ; ou biens ces petits ruiſſeaux doivent-ils appartenir aux riverains ou propriétaires des fonds où ils coulent, comme *Boutaric* l'enſeigne en ce lieu, de maniere pourtant que ceux-ci ne puiſſent pas en arrêter ou détourner le cours naturels ? les Auteurs ſont partagés ſur cette queſtion, & il y a eu un arrêt du 12 juillet 1736, rendu en la ſeconde Chambre des enquêtes du Parlement de Toulouſe, qui débouta les Conſuls & habitans de Sumene de leur demande contre la Dame de ce lieu, en maintenue au droit de prendre l'eau du ruiſſeau appellé *de Canterone*, quoique petit & quelquefois à ſec. *Vid. Henrys & Bretonnier, tom.* 1, *liv.* 1, *queſt.* 36, *de l'édition de* 1708 ; *Boerius, queſt.* 352, *n.* 4 ; *Bacquet, des droits de juſtice, chap.* 30, *n.* 25.

Quant à l'eau d'une ſimple fontaine ou ſource qui paroît & prend ſa naiſſance, ou ſurgit dans le fonds d'un particulier, il en eſt regardé comme le maître, aux termes de la loi *Præſes. cod. de ſervitut. & aquâ*, & il peut même l'y retenir ou la conduire ailleurs pour ſon utilité, quoiqu'elle eût coulé de tems immémorial dans le fonds de ſes voiſins, & qu'ils s'en fuſſent ſervis; parce qu'ils ſont cenſés n'en avoir uſé que par tolérance ou ſimple faculté, à moins qu'on ne fît voir qu'ils s'en fuſſent ſervis par droit de ſervitude, & que cette ſervitude fût prouvée par actes, ou que le propriétaire eût ſouffert qu'ils euſſent fait anciennement quelque ouvrage ou canal juſques dans ſon fonds pour en conduire l'eau chez eux, ou qu'enfin ces eaux fuſſent néceſſaires à quelque uſage public, &c. *Vid. Henrys & Breton-*

nier, tom. 2, liv. 4, queſt. 75 ; Dunod, traité des preſcriptions, pag. 88 ; Bardet tom. 1, liv. 1, chap. 65.

Ideòque jus piſcandi omnibus commune eſt in portu fluminibuſque.

Par l'ordonnance de la marine, liv. 5, titre 1, la pêche de la mer eſt déclarée libre & commune à tous les ſujets du Roi, & il leur eſt permis de la faire tant en pleine mer que ſur les gréves, à la charge ſeulement par ceux qui veulent y pêcher, de prendre des lettres patentes, ou un congé de l'Amiral, ſelon la différente eſpèce de pêche qu'ils entendent faire ; & par l'article 9 du titre 3 du même livre, il eſt fait défenſes aux Seigneurs des fiefs voiſins de la mer, de lever aucun droit, en deniers ou en eſpèces, ſur les parcs & pêcheries, & ſur les pêches qui ſe font en mer ou ſur les gréves, ni de s'attribuer aucune étendue de mer pour y pêcher à l'excluſion d'autres, ſinon en vertu d'aveus & dénombremens reçus aux Chambres des Comptes avant l'année 1544, ou d'une conceſſion en bonne forme : ainſi la poſſeſſion immémoriale ſeroit inutile aux Seigneurs en cette matiere, malgré l'arrêt rapporté par *Dolive, liv. 2, chap. 3*, qui eſt antérieur à ladite ordonnance.

Quant à la pêche dans les rivieres navigables, il n'en eſt pas tout-à-fait de même ; car par l'article 1 du titre 31 de la pêche, de l'ordonnance de 1669, il eſt défendu à toutes perſonnes autres que les maîtres pêcheurs reçus ès ſiéges des maîtriſes, d'y pêcher, à peine de 50 liv. d'amende, &c.

Et pour ce qui eſt des rivieres non navigables, les Seigneurs Hauts-Juſticiers, dans les terres de qui elles coulent, en étant regardés comme les maîtres, le droit de pêche, & d'y défendre ou prohiber la pêche à toutes perſonnes, leur appartient auſſi par voie de conſéquence, comme un droit de leur Haute-Juſtice. *Vid. Ferrieres, in quæſt. 514 de Guyp.*

Il a même été jugé que l'on ne pouvoit pas preſcrire par une poſſeſſion immémoriale, le droit ou la faculté d'y pêcher, contre le droit prohibitif du Seigneur, & qu'il pouvoit en tout tems y interdire & défendre la pêche, conſidérée comme un droit ſeigneurial, & comparée en ce point à la chaſſe, quoique *Boutaric* en cet endroit y faſſe de difficulté ; on en cite deux arrêts du Parlement de Toulouſe, l'un du 18 juillet 1682, rendu en faveur du Seigneur de Colias contre les habitans dudit lieu, qui depuis un tems immémorial étoient même dans l'uſage d'affermer la pêche ; l'autre eſt un jugement ſouverain de la Table de marbre du 6 mai 1727, en faveur du ſieur de Saint Marcel de Poët, Seigneur & Prieur de Gourdargues, contre Me. Caſſan, Curé, & autres habitans du même lieu, qui les condamna en l'amende ſolidaire de 50 liv. pour avoir pêché dans la riviere de Seze, qui coule dans ladite Juriſdiction, nonobſtant la poſſeſſion immémoriale dont la preuve étoit offerte : & comme les Seigneurs peuvent prohiber la pêche dans les rivieres non navigables dont ils

ont la propriété, ils peuvent par cette même raiſon empêcher qu'on y bâtiſſe des moulins, & qu'on y faſſe d'autres ouvrages ſans leur conceſſion. *La Roche, des droits ſeigneuriaux, chap.* 17 ; *Ferrieres, in quæſt.* 577 *de Guyp.*

§. 3, *Eſt autem littus maris, quatenus hybernus fluctus maximus excurrit.*

Les rades, les gréves & rivages de la mer, appartiennent au Roi, tout comme la mer qui borde ſes Etats, ainſi qu'il a été déja dit, & ſa Majeſté a déclaré dans l'ordonnance de la marine, liv. 4, titr. 7, art. 1 : qu'on doit réputer bord & rivage de la mer, tout ce qu'elle couvre & découvre pendant les nouvelles & pleines Lunes, & juſqu'où le grand flots de Mars ſe peut étendre ſur les gréves.

Au ſurplus, les étangs qui communiquent avec la mer, & même les lacs qui ſans communiquer à la mer ſont d'une grande étendue, appartiennent au Roi, comme les mers & les rivages, ainſi que l'a obſervé *Duval en ſes inſtit. pag.* 207.

§. 4, *Riparum quoquè uſus publicus eſt, ſicut ipſius fluminis, &c.*

Par le droit romain l'uſage des rivieres étoit public, mais la propriété en appartenoit aux riverains comme il eſt dit dans ce texte ; & il en eſt, à peu de choſe près, de même en France, à moins qu'on ne veuille dire avec *Boiſſieu, traité des fiefs ch.* 60, *in fine*, que les bords ou rivages des rivieres navigables appartiennent au Roi, comme une ſuite naturelle de la propriété du fleuve qui lui appartient également : ainſi comme les rivages des rivieres navigables ſont d'une grande conſéquence, le Roi, par l'article 7 du titre 28 de l'ordonnance des Eaux & Forêts de 1669, a ordonné aux propriétaires des héritages qui aboutiſſent aux rivieres navigables, de laiſſer le long des bords 24 pieds au moins de place en largeur, pour chemin royal & trait des chevaux, ſans qu'ils puiſſent planter des arbres, ni avoir des clôtures ou haies plus près que 30 pieds du côté que les bateaux ſe tirent, & 10 pieds de l'autre bord, à peine de 500 liv. d'amende, &c. Voilà à quoi eſt réglé le rivage au marchepied des rivieres navigables : *Galon* dans ſes conférences ſur l'article de l'ordonnance de 1669 déja cité, ajoute que pour les petites rivieres où les Bâteliers ne peuvent haler qu'au col, neuf pieds de rivage ſont plus que ſuffiſans, & même moins ; & quant aux rivieres qui ne peuvent pas porter bâteau, & qui appartiennent aux Seigneurs, il ſemble qu'on peut y appliquer l'article de la coûtume de Menetou, dont il parle, qui porte, que celui qui a héritage proche de la riviere, n'eſt obligé que de laiſſer un ſentier pour paſſage.

§. 6, *Univerſitatis ſunt, non ſingulorum, quæ in civitatibus ſunt theatra, ſtadia, & his ſimilia.*

Nous reconnoiſſons de même dans ce Royaume des choſes dont la pro-

priété n'eſt à perſonne, à proprement parler, mais dont néanmoins les villes & communautés, ou pour mieux dire, les particliers & habitans qui les compoſent, ont en général l'uſage, chacun ayant la liberté de s'en ſervir, pourvu qu'il n'apporte aucun obſtacle à l'uſage commun; telles ſont les places, les fontaines, les promenades publiques, les foſſés même, & les murailles des villes & Bourgs: il faut néanmoins obſerver que la police, la garde & conſervation des foſſés & murailles, & des autres choſes, *quæ ſunt uiverſitatis*, appartient toujours au Roi, ou bien au Seigneur Haut-Juſticier dans les lieux où il y en a. *Vid. Loyſeau, des ſeig. chap.* 3, *n.* 80 *& chap.* 12, *n.* 18; *Catellan, liv.* 3, *chap.* 40.

§. 7 *&* 8, *Nullius ſunt res ſacræ, quæ ritè ad Dei miniſterium dedicatæ ſunt.*

Les choſes ſacrées, comme les Egliſes ou les Chapelles, n'appartiennent proprement à perſonne, étant une fois conſacrée au ſervice de Dieu; on ne peut même bâtir une Egliſe, ni une Chapelle, ſans la permiſſion ou l'approbation de l'Evêque dioceſain; ce qui pourtant ne ſuffit pas pour les mettre au rang des choſes ſacrées, étant beſoin encore qu'elles aient été conſacrées avec les céremonies accoûtumées, ou qu'elles aient été bénites; car la bénédiction ſuffit pour qu'on puiſſe y célébrer le ſervice divin, en attendant la conſécration; moyennant quoi elles ſont hors de commerce, & ne peuvent être ſujettes ni à l'aliénation, ni à l'hypothéque: il eſt pourtant vrai que ſi on avoit vendu à crédit un fond, ſur lequel on eût enſuite fait bâtir une Egliſe, qui eût même été bénite ou conſacrée, cela n'empêcheroit pas que ce lieu ne pût être ſaiſi & décrété pour le payement du prix, ni que l'hypothéque du vendeur ne fût conſervée, par cette raiſon qu'on ne peut dédier ni conſacrer à Dieu le bien d'autrui. *Voyez l'arrêt rapporté par Soefve, tom.* 1, *cent.* 3, *chap* 25; *& dans le Journal des Audiences, tom.* 1, *pag.* 569. Il y a un autre arrêt conforme dans le *Nouvel Albert, lettre H. chapitre* 2.

Par les articles 21 & 22 de l'édit de 1695 concernant la Juriſdiction Eccléſiaſtique, confirmés par lettres patentes des 8 mai 1703 & premier février 1732, les Bénéficiers, ou fruits prenans, ſont tenus de réparer & entretenir en bon état le chœur ou cancel des Egliſes paroiſſiales, dans l'étendue deſquelles ils levent les dixmes; & les habitans, ou bien tenans dans les paroiſſes, tant domiciliés que forains, ſont chargés de réparer & entretenir la nef deſdites Egliſes, à proportion des biens qu'ils poſſédent dans le taillable, de même que la clôture des cimetiéres, & de fournir aux Curés un logement convenable; cet édit ne parle point des Egliſes Cathédrales, ni des Collégiales, ou Abbatiales.

Locus

Locus autem in quo Ædes sacræ ædificatæ sunt, etiam diruto ædificio, sacer adhuc manet.

Nous obſervons tout le contraire, ſelon la diſpoſition du droit canonique que nous ſuivons en ceci; car une Egliſe étant totalement démolie, ou totalement brulée, le lieu où elle étoit devient profane, s'il n'eſt béni ou conſacré de nouveau: ce qui n'arriveroit pas, s'il n'y avoit que quelque partie peu conſidérable des murs, ou ſeulement la charpente de l'Egliſe qui euſſent été conſumés par le feu, ou renverſés. *Canon. de fabrica. diſtinct.* 1, *de conſecratione. cap. ligneis. extr. de conſecrat. Eccleſ.* Il y a encore d'autres cauſes qui rendent les Egliſes profanes, comme l'exercice d'une fauſſe religion, l'inhumation des excommuniés dénoncés, lorſque le ſang humain y a été répandu d'une maniere criminelle, ou quand il a été commis quelque impureté notoire & publique; & dans ces cas il faut que l'Egliſe ſoit réconciliée avec les formalités accoûtumées.

§. 9, *Religioſum locum unuſquiſque ſuâ voluntate facit, dum mortuum inſert in locum ſuum.*

Cette maniere de rendre un lieu ſaint ou religieux, n'a point lieu en France; car ſi l'on enſevelit un corps mort en quelqu'autre part que dans un cimetiére, le lieu demeurera profane & dans le commerce des hommes, comme il l'étoit auparavant: ce n'eſt pas même par rapport à l'inhumation des corps que les cimétiéres ſont regardés comme des lieux ſaints & religieux, mais parce qu'ils ont été bénis avec les prieres ordinaires, & deſtinés à la ſépulture des fidéles.

De plus, lorſqu'un cimetiére eſt changé d'un lieu à un autre, du conſentement du Curé & de l'Evêque, & que les oſſemens ont été tranſportés de l'ancien cimetiére au nouveau, cet ancien cimetiére reprend ſa nature de lieu profane, & rentre de plein droit dans le commerce. *Vid. Fevret, tom.* 1, *liv.* 4, *chap.* 8, *n.* 17.

Nous pouvons obſerver à ce ſujet, qu'il a été réglé que les enterremens doivent ſe faire toujours dans l'Egliſe ou le cimetiére de la paroiſſe du défunt, s'il n'a élu ailleurs ſa ſépulture; auquel cas même le Curé doit toujours faire la levée du corps, le conduire à l'Egliſe où il doit être inhumé, & partager avec elle le luminaire. *Vid. Hericourt, loix eccléſ. part.* 3, *chap.* 11, *n.* 1 *&* 5.

Mais il faut qu'il conſte de cette élection de ſépulture ailleurs que dans la paroiſſe, & qu'il en conſte même par écrit, comme il a été expreſſément jugé par un arrêt de 6 mai 1734, rendu en l'audience de la Grand-Chambre du Parlement de Toulouſe contre les Dominicains de la ville d'Auch; la plûpart des Auteurs tiennent néanmoins que cette élection de ſépulture peut être prouvée par témoins, & qu'elle peut l'être encore mieux par le

témoignage de la femme ou du mari, des enfans ou autres parens; mais il n'eſt pas néceſſaire de preuve, lorſqu'une famille a une ſépulture deſtinée pour elle dans un autre Egliſe que la paroiſſe, & alors on ne peut même y enterrer aucun étranger ſans le conſentement de cette famille.

§. 10, *Sancta quoquè res, veluti muri & portæ civitatis*, &c.

Il ne faut point d'autre obſervation ſur ce texte, que celle que nous avons déja fait ſur le paragraphe 6 ci-deſſus.

§. 12, *Feræ beſtiæ, & volucres, & omnia animalia, ſimul atque ab aliquo capta fuerint, jure gentium, ſtatim illius eſſe incipiunt.*

Nous n'obſervons pas en France ce que dit ici l'Empereur Juſtinien; car par la police générale du Royaume, & pour empêcher que les arts & métiers ne ſoient abandonnés, la chaſſe, comme n'étant tout au plus qu'un exercice honnête en la perſonne des nobles, eſt entiérement défendue aux roturiers, comme on le voit dans l'article 28 du titre 30, des chaſſes, de l'ordonnance des Eaux & Forêts de 1669, „ qui fait défenſes aux marchands, „ artiſans, bourgeois & habitans des Villes, Bourgs, Paroiſſes, Villages „ & Hameaux, payſans & roturiers, de quelque état & condition qu'ils „ ſoient, non poſſédans fiefs, ſeigneurie & haute-juſtice, de chaſſer en quel- „ que lieu, ſorte & maniere, & ſur quelque gibier de poil ou de plume „ que ce puiſſe être, à peine de 100 liv. d'amende pour la premiere fois, „ du double pour la ſeconde, & pour la troiſieme, d'être attachés au car- „ can, & bannis pour trois années du reſſort de la maîtriſe „; la peine étoit même anciennement de mort, à quoi le Roi a dérogé par l'article 2 du même titre.

Les Seigneurs originairement ſe ſont attribués le droit de chaſſe, comme propriétaires & poſſeſſeurs de leur territoire, & par-là prétendant avoir droit ſur toutes les bêtes ſauvages qui étoient dans l'étendue de leur juſtice, de même que ſur des épaves qui n'étoient avouées de perſonne, ſuivant *Boiſſieu, traité des fiefs, chap.* 36. Mais quoiqu'il en ſoit, il eſt certain aujourd'hui que le droit de chaſſer, tout comme le droit de défendre ou de prohiber la chaſſe, eſt particulier à la haute-juſtice; & ſi la juſtice eſt diviſée entre pluſieurs perſonnes, celui qui a la principale & la plus grande portion, ou la portion de l'aîné, lorſqu'elles ſont égales, a ſeul le droit excluſif & prohibitif de la chaſſe, aux termes de l'article 27 du titre 30 de l'ordonnance de 1669.

Le Seigneur Haut-Juſticier ne peut pas permettre indifféremment la chaſſe à qui bon lui ſemble; de ſorte que malgré les permiſſions par écrit ou conceſſions qu'il pourroit en accorder à des particuliers ou à des Communautés, il n'y a tout au plus que les nobles qui puiſſent ſe ſervir de ces conceſſions, & nullement les roturiers: ce qui a même lieu dans cette Province de Lan-

guedoc, nonobſtant les lettres patentes de François I. portant privilége aux habitans de pouvoir chaſſer, dont parle *la Roche traité des droits ſeigneuriaux, chap.* 28, *art.* 1 ; Voyez *Graverol, ibid. art.* 3 ; *Galon en ſes loix foreſtieres ſur l'article* 26, *du titre des chaſſes.*

Les nobles même, quoique ſans juſtice & ſans fief, & ſans la permiſſion du Haut-Juſticier, ont la faculté, par l'article 119, de l'ordonnance d'Orléans, de s'exercer à l'arquebuſe dans leurs héritages & pourpris de leurs maiſons de campagne, c'eſt-à-dire, de chaſſer avec des armes à feu ſur les terres à eux appartenant & atténant à leurs maiſons, juſqu'aux quatre chemins, ſans toutefois pouvoir paſſer outre, ainſi qu'il a été expliqué par un arrêt du Parlement de Toulouſe du 2 juillet 1680, rendu en faveur du ſieur de Perget contre le Marquis de Fontenilles, & par un jugement ſouverain du 9 novembre 1730, rendu entre M. de Joſſe & M. de Vignes, Seigneur de Colomiés, rapporté par *Fromental, verb. chaſſe, pag.* 57 ; au lieu que les roturiers, dans le cas même de la conceſſion de la chaſſe, ne peuvent chaſſer que dans leurs clapiers, & ſans armes, ſuivant un arrêt que ce même Auteur cite, du 20 avril 1728.

Le Seigneur Haut-Juſticier peut donc ſeul chaſſer, & eſt ſeul en droit de prohiber la chaſſe dans l'étendue de ſa haute-juſtice, quand même il n'y auroit ni fief ni directe, ſuivant l'article 26 de l'ordonnance des Eaux & Forêts, titre 30 ; mais cela n'empêche pas que par une conſéquence de l'article 28 du même titre, ceux à qui appartient le fief ou la directe dans la ſeigneurie, ou ceux même qui y poſſédent des fiefs particuliers, n'aient auſſi la liberté & la faculté d'y chaſſer, quoiqu'ils ne ſoient pas perſonnes nobles ; & même ſi leur fief eſt épars, ils peuvent chaſſer dans toute l'étendue de la terre, juſqu'à ce que le Seigneur Haut-Juſticier ait fait ordonner qu'ils ſeront cantonés : ce qui ſe fait au dire & jugement d'experts, eu égard à la contenance du fief épars dans la Juriſdiction.

Le droit ou la faculté de chaſſer que les Seigneurs de fief ont, eſt même regardé à leur égard comme un droit utile, & qui eſt *in fructu*, au lieu que, à proprement parler, le droit de chaſſe n'eſt conſidéré que comme un droit honorifique en la perſonne du Seigneur Haut-Juſticier qui n'auroit point de part au fief de la terre, & une faculté ſimplement perſonnelle qui ſemble lui être attribuée par les ordonnances, de façon qu'il ne puiſſe chaſſer qu'en perſonne, & qu'il ne puiſſe envoyer chaſſer ni ſes domeſtiques, ni autre perſonne de ſa part : cela paroît réſulter de la déclaration du Roi Henri IV. du 3 mars 1604, renouvellée par arrêt du conſeil du 22 octobre 1722, qui permet ſeulement aux Seigneurs ſexagénaires, ou attaqués de vieilleſſe, ou autres incommodités en leur perſonne, de faire tirer au gibier par un de leurs domeſtiques, duquel ils répondront, & en leur préſence ſeulement : cela s'évince encore de la déclaration du 27 juillet 1701, qui enjoint aux Seigneurs Eccléſiaſtiques qui par leur état ne peuvent chaſſer,

de commettre pour eux un chaſſeur, à la charge de faire régiſtrer ſa commiſſion au greffe de la maîtriſe des Eaux & Forêts, & d'en demeurer civilement reſponſables, ce qui a été depuis étendu par la Juriſprudence des arrêts, aux femmes, aux Religieux, & autres Seigneurs, qui par leur qualité, ou autrement, ne peuvent pas chaſſer en perſonne : enfin, cela paroît par l'article 26 du titre 30 de l'ordonnance des Eaux & Forêts, qui veut que les Hauts-Juſticiers n'ayant point de part au fief de la terre, ne puiſſent envoyer chaſſer, ni domeſtiques, ni autres perſonnes; tout au contraire, le même article 26 ſemble permettre au Seigneur du fief de chaſſer tant par ſoi que par autrui; l'édit du mois de juin 1601, art. 5, permet auſſi auſdits Seigneurs de tirer & faire tirer au gibier par leurs gens & domeſtiques dans l'étendue de leur fiefs; & le Commentateur de *la Peyrere*, *verb. chaſſe*, *n.* 12, rapporte auſſi un arrêt du Parlement de Paris du 13 mars 1702, ſuivant lequel il eſt accordé au Seigneur du fief de faire chaſſer par ſes domeſtiques, tandis que ce même arrêt le refuſe au Seigneur Juſticier. Voyez *le code des chaſſes*, *tom.* 1, *pag.* 43 *& pag.* 473, *& ſuiv. Galon ſur l'art.* 26, *déja cité.*

Il eſt pourtant vrai que dans l'uſage les Seigneurs Hauts-Juſticiers, quand même ils n'auroient aucune directe dans leur juſtice, chaſſent & font chaſſer impunément par leurs gens, & cela eſt toléré.

Quoiqu'il en ſoit, le droit de chaſſe en la perſonne du Seigneur de fief eſt regardée comme un profit & un droit utile; c'eſt à ſon égard proprement qu'on peut dire que les bêtes ſauvages qui ſont dans ſon territoire, lui appartiennent en quelque façon; & de-là vient auſſi que non-ſeulement il peut chaſſer & faire chaſſer par ſes domeſtiques, mais encore, s'il y a pluſieurs Seigneurs de divers fiefs dans l'étendue de la juſtice, ils peuvent tous uſer de ce droit utile; & ſi n'y ayant qu'un ſeul fief, ce fief eſt diviſé entre pluſieurs perſonnes, les unes n'excluent pas les autres, ſoit que leurs portions du fief ſoient égales, ou inégales.

Nous parlons, au reſte, des Seigneurs d'un véritable fief, c'eſt-à-dire, noble; car un particulier qui poſſéderoit un fonds ou terroir allodial & exempt de toute féodalité, mais roturier, dans la terre d'un Seigneur, n'y peut pas chaſſer, non plus que ceux qui n'ont que des ſimples cenſives ou rente provenant de beaux à cens & roturieres.

Au ſurplus, on juge que le Seigneur ſuzerain peut chaſſer dans les fiefs & hautes-juſtices qui ſont de ſa mouvance, quoiqu'il n'en ſoit rien dit dans l'ordonnance des Eaux & Forêts. *Vid. le code des chaſſes*, *tom.* 1, *pag.* 460.

Il faut auſſi remarquer qu'un Seigneur Haut-Juſticier ne peut pas chaſſer dans la juſtice d'un autre Seigneur, ſans ſa volonté & ſa permiſſion, *la Roche & Graverol*, *des droits ſeig. chap.* 28, *art.* 8; & que même, ſuivant les derniers arrêts, & contre l'ancienne Juriſprudence rapportée par ces Auteurs,

Auteurs, il ne peut pas pourſuivre ſur les terres d'un autre Seigneur Juſticier le gibier qu'il aura fait lever dans ſa terre, ſans lui envoyer faire compliment avant d'entrer dans ſa Juſtice, & lui envoyer préſenter le gibier au cas qu'il y ſoit pris. Voyez *le code des Chaſſes*, *tom.* 1, *pag.* 72 & 361; & *les loix foreſtieres*, *tom.* 2, *pag.* 558.

Comme auſſi que les Seigneurs Hauts-Juſticiers, ou les Seigneurs de fief qui ont droit de chaſſe, ne peuvent pas en uſer d'aucune maniere, dans les terres des particuliers & habitans, en tems prohibé par les ordonnances, c'eſt-à-dire, dans les terres enſemencées depuis que le bled eſt en tuyau, & dans les vignes depuis le premier mai juſqu'après la dépouille, ſuivant l'article 18 du titre 30 des chaſſes, de l'ordonnance de 1669, les loix foreſtieres, *ibid.* & le code des chaſſes, tom. 1, pag. 395.

Hors de ce tems le Seigneur Juſticier a le droit de chaſſer dans toutes les terres de ſa Juriſdiction, de même que le Seigneur féodal dans l'étendue de ſon fief, & il n'eſt pas permis aux particuliers de clorre leurs fonds ou poſſeſſions pour les en empêcher; car ſuivant l'article 2 du titre 30 de l'ordonnance de 1669, les tenanciers ne peuvent clorre ſans permiſſion, ou fermer de murailles que les terres qu'ils ont derriere leurs maiſons, dans les Bourgs, Villages & Hameaux, hors des plaines. *Vid. le code des chaſſes*, *tom.* 1, *pag.* 458.

Quant aux perſonnes Eccléſiaſtiques, la chaſſe leur eſt particuliérement défendue par les conſtitutions canoniques; & lorſqu'ils ſont accuſés d'avoir chaſſé, ils ne jouiſſent pas même du privilége de cléricature, c'eſt-à-dire, d'être renvoyés pour le jugement de ce délit devant le Juge d'Egliſe, mais ils doivent ſubir la Juriſdiction du Juge laïque ſeul. Voyez *l'ordonnance de* 1515, *art.* 18, *celle de* 1600, *art.* 21, *& celle de* 1669, *art.* 35.

Le droit ou faculté de chaſſer ne peut s'acquérir par aucune preſcription, même immémoriale, ni par les roturiers, ni par les nobles, ni même par les Seigneurs Juſticiers ou féodaux, ſur les terres de leurs voiſins. *Graverol ſur la Roche*, *des droits ſeigneur. chap.* 28, *art.* 3.

La chaſſe dont on uſe ſans droit, eſt plutôt regardée comme une contravention à la police du Royaume, que comme un vol; & c'eſt pourquoi pluſieurs Auteurs prétendent que celui qui a chaſſé ſans avoir droit de chaſſe, n'eſt pas obligé de reſtituer le gibier qu'il a pris, & peut encore moins être pourſuivi comme voleur; mais il y a du moins un véritable vol à l'égard du gibier pris dans les garennes & clapiers. *Vid. le code des chaſſes*, *tom.* 1, *pag.* 107 & *pag.* 340; & *Galon*, *tom.* 2, *pag.* 537.

Il y a encore une eſpece de vol à l'égard des pigeons, qui, quoique naturellement ſauvages, ſont regardés comme des animaux domeſtiques, & nous appartiennent en propriété, *quia habent conſuetudinem revertendi*: auſſi eſt-il expreſſément défendu de chaſſer ou tirer aux pigeons ſous de griéves peines, comme on le voit dans le *code des chaſſes*, *tom.* 1, *pag.* 271.

Et à cette occaſion nous pouvons remarquer qu'il y a quelques coûtumes particulieres qui donnent le droit aux Seigneurs Hauts-Juſticiers, de prohiber les pigeoniers dans leurs ſeigneuries; mais ces coûtumes ſont contraires au droit commun, & dans le Languedoc il eſt libre à un chacun de bâtir des pigeoniers, ſans que les Seigneurs puiſſent l'empêcher, s'il n'y a titre contraire; *Dolive, liv. 2 cap. 2; la Roche, des droits ſeigneur. chap. 22*: ſi le pigeonier avoit pourtant quelques marques ſeigneuriales, le Seigneur ſeroit en droit de les faire ôter.

Enfin, l'amende de 100 liv. qui eſt infligée pour fait de chaſſe, eſt au profit du Seigneur Haut-Juſticier, quand la procédure & pourſuite s'en fait à ſa requête devant ſon Juge, ou à la requête des Seigneurs féodaux qui ſe plaignent de la chaſſe faite dans leur fief, ſans examiner où le jugement en dernier reſſort eſt rendu; mais quand elle ſe fait d'autorité de la Maîtriſe des Eaux & Forêts, l'amende eſt ordonnée au profit du Roi.

Nous nous contenterons d'ajouter que l'amende de 100 liv. & les dépens ſont ſolidaires en fait de chaſſe contre les corrées, & que quand il y auroit pluſieurs complices, l'uſage eſt de ne prononcer contre tous qu'une ſeule amende.

§. 14, 15 & 16.

Le Droit François n'admet pas la différence qui eſt faite ici, entre les animaux naturellement ſauvages, quoiqu'apprivoiſés, & ceux qu'on appelle domeſtiques, qui naiſſent dans nos maiſons, & qui ont une inclination naturelle d'y demeurer, ou de s'y retirer, comme les brebis, les poules, les oies, & autres ſemblables; à l'égard de ces derniers, on ne les perd pas ſans contredit, quoiqu'ils aient quitté la maiſon de leurs maîtres, & celui qui s'en ſaiſiroit, commettroit un vol, comme il eſt dit dans le §. 16. Mais il en eſt encore à peu-près de même parmi nous à l'égard des animaux ſauvages, lorſqu'ils ont été apprivoiſés; car on n'en perd pas non plus la propriété, de cela ſeul qu'ils ne conſervent plus l'inſtinct ou l'habitude de revenir, *animum vel conſuetudinem revertendi*; & en quelque part qu'ils ſoient trouvés, ils doivent être rendus au maître qui les réclame; & cela s'applique non ſeulement aux pigeons, & aux paons, deſquels il eſt parlé dans le §. 15, & qu'on regarde comme naturellement ſauvages, mais encore aux abeilles, dont il eſt parlé dans le §. 14; aux ſangliers, cerfs, daims, & autres ſemblables animaux qui ont été apprivoiſés; car ils ne ſont pas perdus pour le maître, quoiqu'un autre s'en ſaiſiſſe ou les retienne; & cela ſemble même ainſi décidé dans la loi 37, *ff. de furtis*, à moins que le maître n'en veuille plus, & en ait abandonné la pourſuite. *Vid. Automne ſur la loi 5, ff. de acquir. rer. domin. Duval, inſtit. pag. 225, le commentat. de la Peyrere, lettre Q. n. 29.*

A l'égard des choſes perdues, & dont le maître n'eſt pas connu, on les

appelle communément, épaves, c'eſt-à-dire, non ſeulement les bêtes égarées, du mot latin, *pavidæ vel expavefactæ*, comme étant des bêtes épouvantées & errantes, mais encore toutes les autres choſes, ou effets mobiliaires, tels que les pierreries, meubles, bijoux, &c.

Ces épaves n'appartiennent pas en France à celui qui les trouve & s'en ſaiſit le premier, mais au Haut-Juſticier, dans la Juriſdiction duquel elles ont été trouvées; encore ne lui appartiennent-elles pas d'abord irrévocablement, mais après pluſieurs formalités, c'eſt-à-dire, que le Seigneur eſt tenu de faire publier & proclamer les épaves aux prônes & autres lieux accoûtumés par trois dimanches conſécutifs, & que ſi dans les 40 jours après la derniere proclamation perſonne ne ſe préſente pour s'en déclarer le propriétaire, elles appartiennent au Seigneur; car ſi pendant ce tems le maître les réclame, elles doivent lui être rendues en payant les frais de juſtice, la garde & la nourriture, s'il y en a; & celui qui a trouvé leſdites épaves, doit les dénoncer à la Juſtice dans les 24 heures, autrement il peut être condamné à une amende arbitraire; le défaut de cette dénonciation tombe en effet dans le cas du larcin: l'excuſe ordinaire de ceux qui trouvent & veulent retenir, eſt de dire qu'il ne ſçavent pas à qui la choſe appartient; mais on ne peut ignorer que ce qui n'eſt pas à nous, appartient à autrui, qu'ainſi il faut en chercher le maître. *Si quid inveniſti, & non reddidiſti, rapuiſti. Can.* 6, *cauſ.* 14, *quæſt.* 5; *Vinnius*, *inſtit. hoc. tit.* §. 47, *n.* 2, Voyez au ſujet des épaves, *le Bret*, *traité de la ſouverain. liv.* 3, *chap.* 12; *Coquille*, *coût. de Nivern. chap.* 1, *art.* 1; *Bacquet*, *des droits de juſt. chap.* 33; *la Roche*, *des droits ſeigneur. chap.* 25; *Catellan*, *liv.* 3, *chap.* 30.

Le délai de 40 jours paroit au ſurplus n'être qu'un délai comminatoire, & il eſt juſte que même après ce délai paſſé le Seigneur Haut-Juſticier délaiſſe au véritable propriétaire, lorſqu'il ſe préſente, les épaves qui ſe trouvent encore exiſtantes, en rembourſant par lui au Seigneur tous les frais qui ont été faits, ainſi que l'obſerve *Pocquet en ſon traité des fiefs*, *liv.* 6, *chap.* 5.

On ne doit pas mettre au rang des épaves les enfans bâtards qui ſont expoſés & trouvés dans la terre d'un Seigneur Juſticier; cependant le Seigneur eſt chargé de leur nourriture, ſoit parce qu'il profite des véritables épaves, ſoit à cauſe de l'eſpérance de ſuccéder à ces bâtards par droit de bâtardiſe, *Vid. Bacquet*, *des droits de juſt. chap.* 33, *in fine*. Ce qui n'empêche pas que ſi on découvre enſuite les parens de ces enfans expoſés, ils ne doivent être condamnés à rendre le montant des alimens & entretien, même par corps, & punis encore griévement ſuivant les circonſtances.

A ce propos, on peut obſerver en paſſant que par un arrêt d'audience rendu en la Grand-Chambre du Parlement de Toulouſe le 29 avril 1711, il fut jugé qu'un enfant déſavoué ne pouvoit être reçu à prouver par témoins ſon état & ſa filiation, n'ayant pour lui ni preuve, ni commence-

ment de preuve par écrit, & soûtenant qu'il avoit été exposé au moment de sa naissance.

Quant aux épaves, ou effets trouvés, ou pêchés sur les rivieres navigables, quoiqu'elles passent dans la terre d'un Seigneur, elles appartiennent au Roi, tout comme la riviere navigable lui appartient; & l'ordonnance des Eaux & Forêts de 1669, titre 31 de la pêche, art. 16, porte qu'elles seront proclamées à l'audience du siége de la Maîtrise, & que si dans un mois après elles ne sont réclamées, elles seront vendues au plus offrant enchérisseur, & les deniers en provenant remis ès mains des Receveurs, sauf à les délivrer encore à celui qui les réclamera dans un mois après la vente, s'il est ainsi ordonné en connoissance de cause.

De même, suivant l'ordonnance de la marine de 1681, liv. 4, titre 9, art. 26 & 27, les vaisseaux & effets ou marchandises échoués, trouvés sur le rivage de la mer, s'ils ne sont réclamés dans l'an & jour, doivent être partagés entre le Roi & l'Amiral, déduit les frais de justice & du sauvement; & si les effets naufragés ont été trouvés en pleine mer, ou tirés de son fond, le tiers en doit être d'abord délivré sans frais à ceux qui les auront sauvés, & les deux tiers restans, s'ils ne sont réclamés dans l'an & jour, se partagent entre Sa Majesté & M. l'Amiral.

§. 17, *Item ea quæ ex hostibus capimus.*

C'est un droit de la guerre d'acquérir au Roi toutes les conquêtes qu'il fait sur les ennemis de l'Etat; & à l'égard des effets mobiliers pris sur les ennemis, on les laisse aux soldats premiers occupans, à l'exception néanmoins des drapeaux, timbales, canons, & de la caisse militaire. *Vid. Papon, liv. 5, titr. 6, n. 2; Duval, instit. pag.* 238; *Faber en son cod, liv.* 8, *tit.* 34, *défin.* 1.

§. 18, *Item lapilli & gemmæ, & cætera quæ in littore maris inveniuntur.*

Les perles & pierres précieuses trouvées sur le rivage de la mer doivent naturellement appartenir au Roi, puisque les rivages lui appartiennent; & cela paroît même assez conforme à l'article de l'ordonnance de la marine déja cité; cependant on ne les met pas proprement au nombre des épaves, mais on les adjuge à celui qui les a trouvées, suivant la décision de ce texte: c'est du moins la Jurisprudence du Parlement de Bordeaux, comme on le voit dans *Automne, sur la loi* 3, *ff. de rerum divis.* & c'est aussi celle du Parlement de Toulouse, remarqué par *Duval, instit. pag.* 234.

§. 20, *Quod per alluvionem agro tuo flumen adjicit, tibi acquiritur; est autem alluvio incrementum latens.*

L'alluvion ou l'accroissement imperceptibles des terres qu'on a près des rivieres, au moyen du limon qui y est jetté par le cours des eaux, est sans

ſans contredit un moyen légitime d'acquérir ; & ſans s'arrêter à la loi *in agris limitatis* 16, *ff. de acquir. rer. Domin.* qui ne doit s'entendre que des fonds limités éloignés des rivieres, ni au ſentiment de certains Auteurs qui veulent que l'accroiſſement provenant de l'alluvion ſoit regardé comme un vacant, & appartienne au Seigneur du territoire, il faut tenir pour certain que toutes les fois qu'un fonds peut s'accroître par l'alluvion, & que de même les inondations peuvent y cauſer du dommage, l'accroiſſement qui provient de l'alluvion, appartient au propriétaire ſujet auſſi à porter les dommages, & nullement au Seigneur. *Vid. Maynard, liv.* 10, *ch.* 3 ; *du Perier, liv.* 2, *queſt.* 3 ; *du Moulin, coût. de Paris.* §. 1, *gloſſ.* 5, *n.* 115 ; *Bacquet, des droits de juſt. chap.* 30, *n.* 8.

On doit ſeulement remarquer que s'il s'agit d'un fonds emphitéotique, ſujet à une cenſive ou rente à raiſon de tant par arpent ou par meſure de terre, l'accroiſſement venant de l'alluvion profite auſſi au Seigneur, & doit augmenter ladite rente au *pro rata* de l'accroiſſement : tout de même que lorſqu'il y a un agrier ou champart fixé à une certaine portion de fruits ; & pareillement la rente ou agrier diminue, à proportion du dommage que peuvent cauſer les inondations : que s'il s'agit au contraire d'un fonds baillé ſous une redevance fixe & permanente pour le total du fonds, elle doit toujours être payée, quelque accroiſſement ou diminution qui ſurviennent au fonds. *Maynard, dict. loc. Cambolas, liv.* 6, *chap.* 46.

§. 21, *Quod ſi vis fluminis de tuo prædio portionem aliquam vicini prædio attulerit, palàm eſt tuam permanere ; planè ſi longiore tempore vicini fundo hæſerit. &c.*

La plûpart des Auteurs tiennent que ce texte n'eſt pas obſervé en France, & que de même que tout atterriſſement ou accroiſſement apparent, & qui ne ſe fait pas par alluvion inſenſible, appartient au Roi, ſi la riviere eſt navigable ; de même auſſi tout atterriſſement ou accroiſſement du même genre doit appartenir au Seigneur Haut-Juſticier, ſi la riviere n'eſt pas navigable : *Vid. Bacquet, dict. loc. Boiſſieu, de l'uſage des fiefs, chap.* 60. Je ne ſçai néanmoins ſi dans cette Province de Languedoc, le cas venant à ſe préſenter vis-à-vis d'un Seigneur, on ne préféreroit pas ſur le point dont il s'agit, la diſpoſition du droit romain, auquel *Deſpeiſſes, tom.* 3, *pag.* 197, *n.* 10, s'en tient uniquement. Il paroît bien dur en effet d'ôter à un particulier ſon bien, pour le donner à un Seigneur, tandis que, malgré le terrein qu'il perdroit, il eſt encore obligé de laiſſer un nouveau rivage ou marchepied le long de la riviere ; car lorſqu'un chemin vient à être ruiné ou emporté par la violence des eaux, ou autrement, il eſt certain qu'il doit être rétabli ſur la prochaine terre, comme l'obſerve *Galon* ſur l'article 7, du titre 28, de l'ordonnance des Eaux & Forêts.

§. 22, *Insula in flumine nata, &c.*

La propriété des isles, ou atterrissemens qui naissent & se forment au dedans des rivieres navigables ou non navigables, appartiennent en France au Roi, ou au Seigneur Haut-Justicier, à l'exclusion des riverains : *Vid. Boissieu, traité des fiefs, chap* 60 : on peut voir encore la déclaration du mois d'avril 1683, & autres, concernant les Isles, Islots, & Atterrissemens, *dans la nouvelle édition de Bacquet, traité des droits de Justice chapitre* 30.

Mais quand une riviere non navigable passe entre deux différentes Juridictions, l'isle appartient en seul, suivant *Loysel, en ses inst. coût. liv.* 2, *titr.* 2, *art.* 12, au Seigneur du côté duquel elle s'est formée, & de la Justice duquel elle est plus près, eu égard au fil de l'eau ; parce que chacun des Seigneurs a la propriété de la riviere jusqu'au milieu du courant des eaux.

Il faut au surplus que l'isle naisse & se forme, pour ainsi dire, du lit même de la riviere ; car un fonds que la riviere en se divisant embrasseroit ou environneroit, ne seroit pas proprement une isle, mais un fonds réduit en forme d'isle, & ne cesseroit pas d'appartenir à son maître, comme Justinien le décide dans ce paragraphe.

§. 23, *Quòd si naturali alveo in universum derelicto, &c.*

Les Auteurs enseignent qu'en France, lorsqu'une riviere abandonne son lit & son ancien canal pour en prendre un autre, ce lit abandonné appartient au Roi, ou bien au Haut-Justicie, s'il s'agit d'une riviere non navigable, à l'exclusion des riverains, & de ceux auxquels le nouveau lit que la riviere occupe, fait prendre une partie de leur fonds. *Vid. Henrys, tom.* 2, *liv.* 3, *quest.* 30. Cependant l'Auteur des observations sur *Catellan, liv* 3, *chap.* 40 ; & *Fromental, pag.* 264, rapportent des arrêts contraires pour cette Province de Languedoc, où l'on suit le droit écrit, & qui ont adjugé l'ancien lit aux anciens riverains, à l'exclusion du Seigneur Justicier.

Mais au surplus, on convient assez que si après quelque tems la riviere quitte son nouveau lit pour reprendre l'ancien, il est juste & équitable d'adjuger ce lit abandonné aux anciens propriétaires, à l'exclusion du Seigneur Haut-Justicier, & même des riverains ou voisins de ce lit abandonné.

§. 24, *Alia sanè causa est, si cujus totus ager inundatus fuerit, &c.*

La simple inondation d'un fonds ne fait aucun préjudice à la propriété, quand même les eaux, sans changer de canal, auroient entiérement submergé le fonds : mais de plus, on tient communément que quand le cours des eaux seroit permanent & durable dans une partie du fonds d'un particulier, la motte ferme qui lui resteroit, lui conserve son droit sur ce que la riviere lui en a ôté ; ensorte que si dans la suite la riviere délaisse cette

partie du fonds, le propriétaire la reprend, & recouvre sa premiere étendue, à l'exclusion du Seigneur Haut-Justicier. *Vid. Loysel, en ses inst. coût. liv. 2, tit. 2, art. 9. Coûtume de Bourbonnois, art. 342; & Boissieu, chap. 60, in fine. pag. 331.* On trouve pourtant *dans la nouvelle édition de Bacquet, traité de droits de just. chap. 30, pag. 447*, un arrêt du conseil du 10 février 1728, qui a jugé, que lorsqu'un terrein a été inondé, & qu'il a fait partie du lit de la riviere pendant plus de dix ans, ce terrein appartient au Roi, l'eau venant ensuite à se retirer, sans que ceux qui en étoient propriétaire avant l'inondation, puissent alléguer que la motte ferme, ou le cap & motte leur en a conservé la propriété : cet arrêt a été rendu entre le Syndic de la Province de Languedoc, & les Chartreux de Villeneuve-lez-Avignon, concernant le fleuve du Rhône.

§. 25, *Cùm ex alienâ materiâ species aliqua facta sit, &c.*

Les questions touchant la propriété des ouvrages faits avec la matiere d'autrui, sont arbitraires, suivant notre Jurisprudence ; c'est-à-dire, que toutes les fois que la matiere ne peut pas être rendue à son premier état, sans quelque dommage pour le maître, on la décide en faveur du propriétaire de la matiere, ou de l'ouvrier, suivant que le travail vaut plus que la matiere, ou la matiere plus que le travail : car il seroit risible, par exemple, qu'un homme qui auroit entrepris de dépiquer mes gerbes, ou de fouler ma vendange, fût, plutôt que moi, le maître du vin ou des grains : dans les cas même où la propriété est conservée à l'ouvrier, ce n'est qu'à la charge de payer la valeur de la matiere ; & dans le cas contraire, où l'on accorde la propriété de l'ouvrage au maître de la matiere, celui qui l'a mise en œuvre, n'a point d'action pour le prix de son travail, qu'autant qu'il a été dans la bonne foi.

§. 26, *Si tamen alienam purpuram, &.*

Il est ici parlé de l'acquisition qui se fait par accession, & par voie de conséquence & de dépendance de l'accessoire, à l'égard du principal ; & en ce point la Jurisprudence Françoise est telle, que sans s'embarasser de l'action *ad exhibendum*, que le droit romain avoit introduit, pour obliger le détenteur à séparer ou détacher la chose qu'il avoit jointe à une autre, afin que le maître pût ensuite la revendiquer : on peut *rectâ viâ*, & sans aucun détour, demander la chose même, si elle peut être séparée, ou sa valeur, si la séparation n'en est pas faisable ; de plus, on peut prendre la voie criminelle contre celui qui auroit fait la jonction de mauvaise foi, ou par dol.

§. 27, *Si duorum materia, &c.*

Il n'y a pas de difficulté, que si le mêlange des choses qui ne peuvent

plus être séparées, a été fait du consentement des deux maîtres, le corps composé de ce mêlange ne soit commun entr'eux, le tout à proportion de la quantité & qualité des matieres appartenant à un chacun avant le mêlange; & il en doit être de même, si la confusion en a été faite par hazard, parce que le cas fortuit ne peut ôter à un chacun des maîtres la propriété de ce qui a été à lui; si pourtant la confusion avoit été faite par l'un des maîtres contre la volonté de l'autre, ce seroit un dol & un délit, qui mériteroit d'être puni suivant les circonstances.

§. 28, *Quòd si frumentum Titii frumento tuo mixtum fuerit, &c.*

La décision de ce paragraphe seroit presque impossible dans l'exécution, du moins quant à la séparation des grains mêlés & confondus; ainsi il faudroit ordonner le partage du bled comme d'une chose devenue commune par le mêlange, sauf que celui dont les grains étoient plus beaux & de plus grande valeur, seroit remboursé & indemnisé par l'autre, au dire d'Experts, qui eussent eu connoissance de la qualité des grains avant le mêlange, & c'est ce qui est même indiqué à la fin de ce texte.

§. 29, *Cùm in solo suo aliquis ex alienâ materiâ ædificaverit, ipse intelligitur Dominus ædificii, &c.*

Nous ne connoissons pas en France cette action *de tigno junctο*, dont parle ici l'Empereur; ainsi si quelqu'un avoit bâti dans son fonds avec les matériaux d'autrui, on ne l'obligeroit pas à la vérité de démolir le bâtiment, mais le maître des matériaux seroit en droit d'en demander le prix, ensemble ses dommages & intérêts; il pourroit même agir par la voie criminelle, si ces matériaux lui avoient été dérobés ou enlevés.

§. 30, *Ex diverso, si quis in alieno solo ex suâ materiâ ædificaverit, &c.*

Lorsque quelqu'un bâtit dans le fonds d'autrui avec ses propres matériaux & à ses frais, ce bâtiment n'est pas néanmoins à lui, mais au maître du fonds, *quia superficies solo cedit*, & il n'est question que de son remboursement.

Suivant le droit romain le possesseur d'un fonds d'autrui ne pouvoit pas en être dépossédé, sans être par un préalable remboursé des frais qu'il avoit fait pour y bâtir, ou pour réparer & améliorer; & s'il en avoit délaissé déja la possession, on lui accordoit une action pour la répéter, afin de pouvoir demander ensuite son remboursement, comme l'observe *Cujas*, *lib.* 10, *observ. cap.* 4. Mais en France, où les formules des actions sont abrogées, & où l'on ne s'attache qu'à l'équité, il est indifférent, quant au remboursement des bâtimens ou réparations, que l'on soit en possession du fonds, ou qu'on n'y soit plus, & on peut le demander directement & sans circuit: de-là

de-là vient que l'ordonnance de 1667, titre 27, de l'exécution des jugemens art. 9, porte, que celui qui aura été condamné à délaiſſer la poſſeſſion d'un héritage, en lui rembourſant quelques ſommes, impenſes ou améliorations, ne pourra être contraint de quitter l'héritage qu'après en avoir été rembourſé, & enſuite elle ajoute, qu'il ſera tenu de faire procéder dans un certain délai à la liquidation des ſommes qu'il prétend lui être dûes; faute de quoi le propriétaire ſera mis en poſſeſſion du fonds, en cautionnant de payer les ſommes qui ſe trouveront être dûes, après qu'elles auront été liquidées.

Bien plus, ce n'eſt pas ſeulement au poſſeſſeur de bonne foi qu'on adjuge les améliorations ou impenſes par lui faites au fonds d'autrui, quoique ſemble en dire ici l'Empereur Juſtinien; on en accorde encore la répétition ou le rembourſement à celui qui n'auroit pas ignoré que le fonds appartenoit à autrui: cela dépend des circonſtances, & de l'équité même qui ne permet pas que le maître du fonds puiſſe gagner & profiter aux dépens d'un tiers, ſur-tout quand il s'agit des dépenſes néceſſaires ou utiles, *leg. in fundo* 38, *ff. de rei vindicat.* & *leg.* 38, *ff. de petitione hæredit.* & à l'égard des dépenſes de pure volupté, on permet même au poſſeſſeur de mauvaiſe foi, conformément à la loi 39, *in fine. ff. de hæredit. petit.* d'emporter toutes celles dont il peut retirer quelque profit, pourvu que cela ſe puiſſe faire, ſans détériorer le fonds, & à la charge de remettre les choſes en leur premier état, le propriétaire ne pouvant l'empêcher qu'en offrant de lui en payer la valeur: ce n'eſt que dans le cas où ces impenſes voluptueuſes, étant ôtées, deviendroient inutiles pour celui qui les a faites; comme ſeroit, par exemple, une blanchiſſure ou peinture, qu'il ne lui eſt pas permis d'ôter, & qu'il doit laiſſer ſans pouvoir en demander le rembourſement. Voyez *Coquille, queſt.* 182, *& ſur la coût. de Nivern. titr. du Retrait Lignager. art.* 11, *pag.* 345 *&* 346; *Catellan, liv.* 5, *chap.* 59.

§. 31, *Et ideò circa confinium arbor poſita, ſi in vicini fundum radices egerit, communis fit.*

La régle générale eſt que l'arbre placé aux confins d'un héritage appartient à celui dans le fonds duquel le tronc paroît, *leg.* 6, *in fine. ff. arbor. furtim cæſar.* à moins qu'on ne voie qu'il a ſes racines dans le fonds d'un autre.

Que ſi un arbre qui eſt aux bords d'un héritage, nuit par ſa courbure ou par ſon ombrage au voiſin, celui-ci peut obliger le propriétaire d'y remédier, *leg.* 1, *ff. de arborib. cædend.* & quant aux fruits de l'arbre qui peuvent tomber dans le fonds du voiſin, le maître de l'arbre a droit d'y entrer pour les recueillir, ſans toutefois y cauſer aucun dommage, *leg.* 9, §. 1, *ff. ad exhibendum.* Du reſte, il faut ſuivre en cette matiere, comme en celle du plantement des arbres à une certaine diſtance du fonds ou bâtiment voiſin, les uſages & les coûtumes des lieux, s'il y en a; car au ſurplus nous

n'obſervons guere la diſtance de cinq pieds marquée par la loi derniere, *ff. finium regundorum*, pourvu que les arbres ſoient au deſſous du ſoleil, ou que les racines n'endommagent pas le mur du voiſin. *Vid Cœpola, de ſervit. præd. urban. chap.* 81; *Domat, loix civil. part.* 1, *liv.* 6, *titr.* 6, *ſect.* 1; *Ricard, ſur la coût. de Senlis, pag.* 23.

§. 34, *Si quis in alienâ tabulâ pixerit, &c.*

Ce qui eſt décidé ici en faveur de la peinture, confirme ce que nous avons déja dit touchant la propriété des ouvrages faits avec la matiere d'autrui; ſavoir, que la propriété eſt adjugée arbitrairement à l'ouvrier, ou au propriétaire, ſelon que le travail eſt au deſſus de la matiere, ou que la matiere vaut plus que le travail.

§. 35, *Si quis à non Domino, quem Dominum eſſe crediderit, bonâ fide fundum emerit, &c.*

Il faut d'abord remarquer ſur ce texte que la diſtinction que le droit romain faiſoit entre les fruits naturels ou induſtriaux, conſumés ou extans, perçus ou qu'on auroit pu percevoir, & qui avoit ſi fort partagé les Interprétes, a été entiérement abrogée en France par l'ordonnance de 1539, art. 94, & par l'uſage, comme il eſt obſervé d'après *Rebuffe* & *Mornac*, par l'Auteur des additions ſur *le Brun*, addit. 63, & par *Furgole* ſur l'art. 41 de l'ordonnance des donations de 1731: ainſi on ne ſuit pas ce que dit ici Juſtinien, qui ſemble ne donner au poſſeſſeur de bonne foi que les fruits induſtriaux qui ſont provenus par ſes ſoins & ſes cultures, & non les fruits naturels qui naiſſent ſans travail, comme le foin, les fruits de certains arbres; ni les fruits civils, tels que les fermages, les loyers, les rentes, &c. on accorde au contraire tous les fruits, quels qu'ils ſoient indiſtinctement à celui qui poſſéde de bonne foi, ſans qu'il ſoit obligé de les reſtituer, ni d'en rendre compte, c'eſt-à-dire, qu'on donne à celui qui a poſſédé avec titre & bonne foi, tous les avantages que peut avoir un propriétaire effectif; ce qui paroît même conforme à la loi 48 *ff. de acquir. rer. Dominio*, où il eſt dit que le poſſeſſeur de bonne foi, *quoad fructus attinet, loco Domini penè eſt*; & à la loi 136, *ff. de reg. juris*, qui dit que *bona fides tantùm poſſidenti præſtat, quantùm veritas, quoties lex impedimento non eſt.*

Or on appelle poſſeſſeur de bonne foi, celui qui a acquis ou qui a reçu par quelque titre une choſe qu'il ignoroit être à autrui, *qui ignoravit rem alienam eſſe, leg.* 109, *ff. de verbor. ſignif.* & on regarde comme poſſeſſeur de mauvaiſe foi, celui qui a joui ſans titre, ou avec un titre vicieux, comme s'il a acquis contre la prohibition des loix, ou ſçachant que le vendeur n'étoit pas le véritable maître, *dict. leg.* 109, *cap.* 82, *de reg. jur. in* 6°.

On ne ſuit pas non plus la diſtinction que fait ici l'Empereur, en voulant

que le poſſeſſeur de bonne foi ſoit tenu de rendre les fruits qui ſe trouvent extants & non conſumés, lorſqu'il eſt aſſigné en délaiſſement du fonds : car on regarde en France les fruits comme conſumés pour ce qui eſt de leur acquiſition, dès qu'ils ont été perçus ou cueillis, c'eſt-à-dire, dès qu'ils ne ſont plus ſur pied, & qu'ils ont été ſéparés du ſol ; ou pour mieux dire, on ne conſidére quant à l'acquiſition des fruits, que le tems de leur ſéparation du fonds, à l'égard de tout poſſeſſeur de bonne foi. Voyez l'Auteur des addit. ſur *le Brun*, *loc. cit.*

Il n'y a à cet égard de diſtinction que pour les fruits qui ſe trouvent pendans par les racines, & qui par-là ſont cenſés faire partie du fonds lors de l'aſſignation ou de la demande en délaiſſement ; car ceux-ci appartiennent & ſont adjugés au propriétaire qui reclame ſon fonds, & non au poſſeſſeur, dans le cas même qu'il ſeroit poſſeſſeur de bonne foi, en lui rembourſant néanmoins les ſemenſes, frais des cultures, ou labour, &c.

Ce n'eſt auſſi que depuis le jour de l'aſſignation ou interpellation judiciaire, que le poſſeſſeur de bonne foi doit reſtituer les fruits & en rendre compte, parce que l'aſſignation le conſtitue en mauvaiſe foi, & que dès ce jour il a dû connoître que la choſe ne lui appartenoit pas.

Pour ce qui eſt du poſſeſſeur de mauvaiſe foi, qui a joui ſans titre, ou avec un titre vicieux, il eſt toujours condamné à reſtituer les fruits, non ſeulement depuis l'interpellation judiciaire, mais même du tems précédent, & depuis ſon indue occupation, & il doit en rendre compte au dire d'Experts. *Vid. la loi certum. cod. de rei vindic. l'Ordon. de* 1539, *art.* 94 ; *& Theveneau*, *ibid. pag.* 463.

Cette reſtitution de fruits au dire d'Experts a lieu principalement contre ces poſſeſſeurs de mauvaiſe foi dont il vient d'être parlé, leſquels, ſuivant le droit, ſont tenus de rendre non ſeulement les fruits qu'ils ont perçus, mais même ceux qu'ils ont négligé de percevoir, & que le propriétaire auroit pu retirer du fonds, s'il avoit lui-même joui & poſſédé, *tam perceptos fructus, quàm percipiendos*, *leg.* 33, *& leg.* 62, §. *ult. ff. de rei vindic.* & le jugement qui les condamne à la reſtitution des fruits, en ordonne en même tems l'eſtimation par Experts, auquel cas ce n'eſt pas matiere de compte, ni de donner la déclaration ou état de la quantité des fruits qu'on a perçu, & dont il eſt parlé dans les titres 29 & 30 de l'ordonnance de 1667 ; parce que la liquidation & eſtimation des fruits ſe fait par les Experts, déduction faite des charges, ſemences, cultures, & autres frais.

Mais à l'exemple de ceux qui ayant joui & adminiſtré le bien d'autrui avec un titre ſont comptables des fruits, tels que les tuteurs, curateurs, fermiers judiciaires, ſequeſtres, engagiſtes, &c. & qui doivent rendre leur compte en la maniere preſcrite par le titre 29 de l'ordonnance de 1667 ; de même les poſſeſſeurs de bonne foi, pour les fruits qu'ils ſont tenus de reſtituer depuis l'aſſignation qui les a conſtitués en une mauvaiſe foi, qu'on

appelle interprétative, peuvent donner l'état ou déclaration de la quantité desdits fruits, dont il est parlé dans le titre 30 de la même ordonnance ; car c'est principalement de ceux-ci que cet état ou déclaration des fruits doit s'entendre : cependant cela ne leur produit pas un grand avantage ; car outre que la différence que fait le droit romain entre les fruits *perceptos vel percipiendos*, est abrogée, ainsi que nous l'avons déja dit, par l'ordonnance & par l'usage de ce Royaume, d'ailleurs il n'arrive presque jamais que ladite déclaration ou état de la quantité des fruits ne soit contestée par l'autre Partie, & lors on ne suit pas même ce qui est dit dans l'article 3 du titre 30 de l'ordonnance de 1667, c'est-à-dire, qu'on n'ordonne pas que les Parties feront preuve respectivement de la quantité des fruits ; mais c'est toujours l'usage à présent, quoiqu'en dise *Boutaric* sur la fin de ce paragraphe, de renvoyer à des Experts, tant pour la quantité que pour la valeur des fruits, & d'en ordonner parconséquent la restitution au dire d'Experts accordés ou pris d'office, lesquels en même tems qu'il fixent la quantité des fruits, en réglent l'évaluation, eu égard au prix commun de chaque année, le tout conformément à ladite ordonnance : aussi *Bornier* sur l'article 3 déja cité, insinue qu'il ne faut pas en effet engager les Parties à faire des enquêtes sur la quantité des fruits, afin d'éviter les frais & la contrariété des preuves, sur quoi il cite l'article 162 de l'ordonnance de Blois.

§. 36, *Is ad quem ususfructus fundi pertinet, non aliter fructuum Dominus efficitur, quàm si ipse eos perceperit, & ideò licèt maturis fructibus decesserit, &c.*

Il est certain en Droit & en Jurisprudence que l'usufruitier ne fait les fruits siens, qu'autant qu'il les a perçus, c'est-à-dire, qu'il les a cueillis, séparés, ou fait séparer du fonds dont il a l'usufruit, avant que cet usufruit ait pris fin, *leg.* 13, *ff. quibus modis ususfruct. amitt.* la perception ou séparation du fonds équipollent à la consumation, comme nous l'avons déja dit à l'égard de tout possesseur de bonne foi ; & on regarde les fruits comme cueillis & perçus, quoiqu'ils n'eussent pas même été emportés, & qu'ils fussent restés sur le champ. *leg.* 48, *ff. de acquir. rer. Domin. leg.* 78, *in fine ff. de rei vindicat.*

Il en est de même de l'héritier qui est chargé de rendre une hérédité, ou un fonds sous condition, ou lors de son décès, que l'on compare en ce point à l'usufruitier.

Ainsi donc l'usufruitier, ou celui qui est grévé de rendre, ni leurs héritiers, ne peuvent rien prétendre aux fruits qui se trouvent pendans par les racines & non cueillis, lorsque leur jouissance prend fin par l'événement du jour ou de la condition, sauf à se faire rembourser les semences & frais des cultures qu'ils peuvent avoir faits, & que l'on distrait toujours, tant en faveur du possesseur de bonne foi, que du possesseur même de mauvaise foi,

cùm

cùm fructus non dicantur, nisi deductis expensis, leg. 36, §. ult. ff. de hæredit. petit. & même les tailles de l'année entiere, si on les a payées, *quia sunt onera fructuum.*

Il y a néanmoins une exception à faire à l'égard des usufruitiers à titre onéreux, comme sont les Ecclésiastiques, ou Officiers, pour les fruits & revenus de leurs bénéfices, ou offices; & les maris pour les fruits & revenus de la dot; parce qu'on peut dire véritablement qu'ils ont gagné les fruits durant tout le tems qu'ils ont supporté & rempli les charges de leur jouissance : ainsi tous les fruits du bénéfice, même ceux qui se trouvent pendans à la mort du Bénéficier, se partagent entre ses héritiers & le nouveau titulaire, à proportion du tems que le défunt avoit servi son bénéfice, & vécu, de l'année de son décès, & cette année se compte depuis le premier de Janvier. *Vid. Maynard, liv. 8, ch. 99; Expilly, arrêt 28; Louet & Brodeau, lettre F. ch. 12.*

Ainsi de même pour ce qui concerne les fruits des biens dotaux de l'année de la dissolution du mariage, ils se partagent entre le mari ou ses héritiers, & la femme ou ses héritiers, à proportion du tems de ladite année que le mariage a duré, & ladite année se compte du jour des nôces, quand le fonds a été baillé auparavant, & s'il n'a été baillé qu'après les nôces, elle ne se compte que du jour de la délivrance, *Leg. 5. & 6. ff. soluto matrim.* le tout, distraction faite des frais de culture, & autres, même des tailles, *tanquam onera fructuum*, qui doivent être supportés par chacune des Parties, à proportion de la part que chacune prend desdits fruits.

Je pense néanmoins que la distinction faite par les deux loix citées, pour savoir de quel jour se doit compter l'année, ne pourroit avoir lieu tout au plus parmi nous que quand il s'agit d'un mariage qui a été dissous dans la même année des nôces; mais qu'au surplus, quand le mariage a duré plusieurs années, il faut prendre la derniere année en laquelle le mariage a été dissous, & la compter toujours quant au partage des fruits, à commencer du premier de janvier.

Il faut prendre garde encore que lorsqu'il s'agit d'un fonds dotal, baillé, estimé au mari à un certain prix, cette division des fruits dont nous venons de parler, n'a point lieu; mais que tous les fruits, même ceux qui ont été perçus dudit fond après la dissolution du mariage, appartiennent au mari, ou à ses héritiers qui conservent le fonds, en rendant seulement l'estimation ou le prix, ladite estimation équipollant à une vente faite au mari. *leg. unica. §. 9, cod. de rei uxor. action.*

Il faut excepter encore à l'égard même des usufruitiers, qui ne le sont pas à titre onéreux, les fruits qu'on appelle civils, & qui s'acquiérent successivement & d'un moment à un autre *quia quolibet momento cedunt*, comme sont les rentes constituées, les intérêts, les loyers des maisons ou des fermes, & autres semblables; car ces sortes de fruits se partagent entre le

propriétaire & l'uſufruitier, ou ſes héritiers, à proportion du tems de la derniere année que l'uſufruit ou la jouiſſance ont duré. *Vid. la loi* 26, *ff. de uſufructu & quemadmod. Bacquet, traité des droits de juſt. chap.* 15, *n.* 53; *Loyſeau, des Offices, liv.* 4, *chap.* 8, *n.* 79.

§. 39, *Theſauros quos quis in loco ſuo invenerit, &c.*

Les queſtions au ſujet des tréſors trouvés ſe préſentent rarement; on définit le tréſor, *vetus quædam depoſitio pecuniæ, cujus memoria non extat, leg.* 41, §. 1, *ff. de acquir. rer. Domin.* ou bien, *condita ab ignotis Dominis tempore vetuſtiori mobilia, leg. unic. cod. de theſauris.* D'où il réſulte qu'un tréſor peut conſiſter en des choſes précieuſes, autres même que des eſpeces d'or ou d'argent; mais ce ne ſeroit jamais un tréſor, ſi le maître en étoit connu, & il devroit lui être rendu, ou à ſes héritiers, quand bien même ce tréſor auroit demeuré caché durant plus de trente années. *Leg. peregrè* 44, *ff. de acquir. vel amitt. poſſeſſ. dict. leg.* 41, *ff. de acquir. rer. Domin.*

Ce n'eſt que dans les pays coûtumiers que le Seigneur Haut-Juſticier a droit ſur le tréſor trouvé dans l'étendue de ſa Juſtice, & on le partage de cette façon: ſavoir, le tiers à celui qui l'a trouvé, le tiers au propriétaire du fonds, & le tiers au Haut-Juſticier; que ſi quelqu'un le trouve dans ſon propre fonds ou héritage, la moitié lui eſt adjugée, & l'autre moitié au Seigneur. *Vid. Boiſſieu, de l'uſage des fiefs, chap.* 57; *Bacquet, des droits de juſt. chap.* 32.

Mais dans les pays de droit écrit le Seigneur Haut-Juſticier n'a rien à prétendre ſur les tréſors que l'on découvre; car lorſqu'on a trouvé fortuitement un tréſor dans le fonds d'autrui, ce tréſor ſe diviſe par égales parts entre celui qui l'a trouvé & le propriétaire du fonds, ſuivant ce qui eſt dit dans ce paragraphe, & dans la loi unique, *cod. de theſauris*: au lieu que ſi c'eſt le maître de l'héritage qui la trouvé dans ſon propre fonds, il lui eſt adjugé en entier; de ſorte que ſi quelquefois le tréſor a été entiérement adjugé au maître du fonds ſans en faire part aux Maçons, ou autres perſonnes qui l'avoient trouvé, ce n'a été que dans le cas où ces perſonnes n'avoient pas d'abord dénoncé le tréſor au propriétaire, mais l'avoient latité, ou en avoient expillé & retenu quelque partie, leur dol & leur fraude méritant dans ce cas d'être punis, conformément à la *novelle* 51 *de l'Empereur Léon, vers la fin.*

La loi unique *cod. de theſauris.* déja citée, & le paragraphe que nous expliquons, n'adjugent au ſurplus la moitié du tréſor à celui qui l'a trouvé, que lorſqu'il l'a découvert dans le fonds d'autrui, ſans aucune recherche préméditée, & ſans y aller fouiller à deſſein: ſur quoi *Expilly, plaid.* 37, *n.* 18, ajoute qu'il n'en eſt rien dû auſſi aux domeſtiques, ou aux ouvriers à gage & à la journée, qui le trouvent fortuitement en travaillant par ordre du propriétaire; cette déciſion que *Boutaric* adopte en cet endroit, n'eſt

pas obſervée, & paroît même contraire à ces termes de la loi citée, *quòd ſi fortè, vel arando, vel alienam terram colendo, &c.*

Ce que nous avons dit, que la moitié du tréſor appartient toujours au maître du fonds, & l'autre moitié ou le tiers à celui qui l'a trouvé, a lieu au préjudice même de l'uſufruitier du fonds; & celui qui a trouvé le tréſor, eſt lui-même cet uſufruitier, il n'a pas pour cela d'autre portion dudit tréſor que la moitié ou le tiers, tout comme ſi l'uſufruit ne lui appartenoit pas, parce que le tréſor n'eſt pas un uſufruit du fonds, enſorte que le tréſor même trouvé dans le fonds dotal n'appartient pas au mari, mais à la femme. *Leg.* 7, §, 12, *ff. ſoluto matrim.*

Par une ſuite de ce que nous venons de dire, on tient que le tréſor trouvé dans un lieu royal, dans les terres du domaine, ou dans les chemins publics, appartient par égales parts au Roi & à celui qui l'a trouvé. *Bacquet, des droits de juſt. ch.* 32, *n.* 29.

Du reſte, quoique ſuivant ce paragraphe le tréſor trouvé dans un lieu ſaint ou ſacré, comme dans une Egliſe, doive appartenir en entier à celui qui l'a trouvé, & qu'au contraire par les arrêts de Paris rapportés par *le Bret*, par *Mornac*, & par *Boutaric*, *hoc loc*, dont *Deſpeiſſes*, *tom.* 3, *pag.* 131, *n.* 12, a ſuivi la déciſion, il a été adjugé entiérement à l'Egliſe: pluſieurs autres Auteurs cités par *Deſpeiſſes*, *ibid.* eſtiment qu'il eſt plus juſte d'en ordonner le partage également entre l'Egliſe ou les Miniſtres qui la deſſervent, & celui qui l'a trouvé; ce qui paroît en effet plus conforme à l'équité. Et pour ce qui eſt du tréſor qui auroit été trouvé dans un lieu religieux, comme dans un cimetiére, on tient auſſi qu'il doit appartenir par égales parts à l'Egliſe d'où le cimetiére dépend, & à celui qui l'a trouvé, ſans que le Seigneur Haut-Juſticier en aucun de ces cas y puiſſe rien prétendre, dans les pays même coûtumiers, d'autant que par ſa qualité de Seigneur il n'a aucun droit ſur les Egliſes & lieux ſaints ou religieux qui ſont dans ſa haute-juſtice.

§. 41, *Venditæ verò res & traditæ non aliter emptori acquiruntur, quàm ſi pretium ſolverit, vel alio modo venditori ſatisfecerit.*

Aux moyens d'acquérir deſquels il vient d'être parlé, tels que la perception des fruits, l'uſufruit, & l'invention, l'Empereur ajoute ici la tradition & la délivrance de la choſe, lorſqu'elle eſt faite & conſentie par le maître à deſſein d'en transférer la propriété, comme pour cauſe de vente, échange, ou autre contrat, conformément à la loi 31, *ff. de acquir. rer. domin.*

Il eſt vrai qu'à la rigueur on ne regarde une vente comme conſommée, que lorſque l'acheteur a payé le prix de la choſe vendue, ou bien que le vendeur s'eſt contenté des aſſurances qui lui ont été données à ce ſujet, *& fidem emptoris ſecutus eſt*: mais du reſte, la tradition même ni le payement effectif du prix ne ſont pas néceſſaires pour la perfection de la vente,

quoique semble dire au contraire *Boutaric* sur ce texte, car elle demeure parfaite, dès que les Parties ont convenu de la chose & du prix ; ensorte que d'abord après les Parties sont en droit de se contraindre respectivement à l'exécution de la vente, c'est-à-dire, à la délivrance de la chose vendue, & au payement du prix, la tradition & le payement n'étant que la consommation ou l'exécution, & non la perfection de la vente : *Emptionem perficit solus consensus de re & pretio, consummat rei traditio, & pretii numeratio* comme dit *Vinnius*, *instit. de empt. & vendit. ad princip. n.* 1.

C'est parce que le payement du prix est une condition inhérente au contrat de vente, que lorsque le vendeur a délivré la chose vendue, & qu'il n'est payé du prix convenu, ou qu'il lui en reste dû une partie, on lui accorde une hypothéque spéciale & privilégiée, qui est appellée, *précaire*, en vertu de laquelle il a droit de faire saisir le fonds par lui vendu, de le faire vendre même séparément, si les biens de l'acheteur sont en distribution; & sur le prix qui provient de ladite vente, de se faire payer de ce qui lui reste dû, tant en capital qu'intérêts, par préférence à tous les autres créanciers. *Maynard*, *liv.* 2, *chap.* 45 ; *Dolive*, *liv.* 4, *chap.* 10 ; *Catellan*, *liv.* 6, *chap.* 4 ; *Louet & Brodeau*, *lettre P. chap.* 19.

La clause de *précaire* est insérée le plus souvent dans les contrats de vente des immeubles ; mais quand même elle y seroit omise, elle est toujours sous-entendue & suppléée, *Dolive*, *ibid. Catellan*, *liv.* 7, *chap.* 5 ; & cette clause de *précaire* est différente du précaire qui étoit en usage chez les Romains, qui empêchoit la translation de propriété, au lieu que celle-ci ne l'empêche pas. *Catellan*, *dict. loc.*

Il n'y a pas proprement de précaire ou d'hypothéque privilégiée dans le cas de la vente des meubles & effets mobiliers : cependant si les meubles, ou marchandises & effets mobiliers sont encore entre les mains de l'acheteur qui en doit le prix, & s'ils y sont en nature, non mêlés, ni confondus avec les autres effets dudit acheteur, ensorte qu'on puisse les distinguer & les séparer, on accorde en ce cas au vendeur le privilége & la préférence sur ces effets ou marchandises ; mais ces deux conditions manquant, on s'en tient à la régle générale, qui veut que les meubles n'aient point de suite par hypothéque. *Dolive*, *liv.* 4, *chap.* 10.

§. 43, *Si rem quam tibi aliquis locaverit, postea aut vendiderit tibi, aut donaverit, &c.*

On doit remarquer qu'à l'égard des donations entre-vifs des immeubles, ou même des effets mobiliers desquels il n'est pas fait une tradition réelle lors de la donation, il faut un contrat public, sans quoi la donation seroit nulle, aux termes de la nouvelle ordonnance concernant les donations du mois de février 1731, art. 1 & 15.

§. 44,

§. 44, *Simul atque claves horrei tradiderit emptori, transfert ei proprietatem mercium.*

Nous reconnoiſſons en France l'effet de cette tradition feinte dont il eſt ici parlé, qui ſe fait par la tradition des clefs, & elle y eſt en uſage, auſſi-bien que celle qui ſe fait par le bail de la céde ou de la plume du Notaire, dont il eſt fait mention dans la loi premiere, *cod. de donationibus*; & en un mot, quand la queſtion de la validité & de l'exécution d'une vente n'eſt qu'entre le vendeur & l'acheteur, il eſt hors de doute que la tradition feinte, de quelque maniere qu'elle ſe faſſe, ſoit par la tradition des clefs, par le bail de l'inſtrument ou de la plume, par l'aſpect de la choſe, par la rétention d'uſufruit, conſtitut & précaire, ou autrement, a le même effet qu'une tradition réelle & effective, & rend la vente inébranlable : Voyez ſur ces traditions feintes ou civiles, *Vinnius, hic. Ranchin, in quæſt.* 101 *de Guypap.*

Mais il n'en eſt pas de même, quand il s'agit de l'intérêt d'une tierce perſonne, comme ſeroit, par exemple, un ſecond acheteur, auquel les marchandiſes ou effets mobiliers auroient été délivrés réellement, ou les clefs baillées dans le lieu même où les effets ſont enfermés, comme le deſire la loi 74, *ff. de contrah. empt.* car il ſeroit préférable en la vente au premier acheteur; ou comme ſeroit un ſecond acheteur, qui, indépendamment de la tradition feinte, auroit encore pris la poſſeſſion réelle & actuelle de l'immeuble vendu; car il ſeroit également préféré au premier, ſauf à celui-ci ſon indemnité contre le vendeur : Voyez la loi *quoties* 15, *cod. de rei vindicat. Ferrieres, in quæſt.* 112 *de Guypap. Catellan, liv.* 5, *chap.* 28; il en ſeroit de même entre deux donataires, ou deux fermiers. *Catellan, ibid.*

§. 46, *Si rem pro derelicto à domino habitam, occupaverit quis, ſtatim eum dominum effici.*

La diſpoſition de ce texte n'eſt point obſervée dans ce Royaume; nous avons déja remarqué ſur le paragraphe 15 de ce titre, qu'à l'égard des effets mobiliers abandonnés, ou qui n'ont point de maître & qu'on appelle, *épaves*, ils appartiennent au Seigneur Haut-Juſticier.

Pour ce qui eſt des biens fonds ou immeubles qui ſe trouvent ſans maître, on les appelle en France, des biens vacans, & il y en a de pluſieurs eſpeces; car il y en a qui ſont vacans par deshérence, c'eſt-à-dire, parce que celui à qui ils appartenoient, eſt mort ſans en diſpoſer & ſans laiſſer des parens habiles à lui ſuccéder : ces biens appartiennent au Seigneur Haut-Juſticier, dans la ſeigneurie duquel ils ſont ſitués. *Bacquet, traité des droits de juſt. chap.* 21 *& chap.* 33, *& traité du droit de deshérence, chap.* 3; *la Roche, des droits ſeigneur. chap.* 25, *art.* 3.

Il y en a d'autres qui ſont vacans, parce que le propriétaire qui les poſſé-

doit, en a abandonné la culture, & les a déguerpis; ceux-ci appartiennent, non au Seigneur Juſticier, mais au Seigneur féodal de la directe, duquel ils ſont mouvans, & ſont réunis à ſon fief, tels & en l'état qu'ils étoient avant l'inféodation, ou reviennent à lui nobles & affranchis des tailles, pourvu toutefois que le Seigneur obſerve certaines formalités qui ſont préſcrites par la déclaration du Roi du 9 octobre 1684, portant réglement pour le nobilité des biens en Languedoc.

Il y a au ſurplus une déclaration du Roi du 20 Août 1728, au ſujet des adjudications des biens abandonnés, ou dont la culture aura été délaiſſée dans le Languedoc; on peut la voir.

Outre cela, il y a des vacances appellés improprement de ce nom, & qu'on nomme auſſi des garrigues, c'eſt-à-dire, des terres vaines & vagues, qui n'ont point été encore cultivées; elles appartiennent au Seigneur féodal ou foncier du territoire dans lequel elles ſont ſituées, qui peut les bailler à fief comme bon lui ſemble : *Loyſeau, des Seigneur. chap.* 12, *n.* 122, & c'eſt ce que *Boutaric* en cet endroit n'a pas diſtingué.

Il ne faut pas non plus mettre au rang des biens vacans, les communaux, dont le nom même marque aſſez qu'ils appartiennent à la communauté des habitans; les bois, par exemple, pacages ou prairies, qui ont été originairement délaiſſés aux habitans d'une Ville ou Village, pour être par eux poſſédés & jouis en commun; ces biens doivent être mis au contraire au nombre des choſes que le droit appelle, *res univerſitatis*, dont la propriété n'eſt à la vérité à perſonne, mais dont l'uſage eſt à la communauté & aux habitans qui la compoſent, en la maniere que nous l'avons expliqué ſur le §. 6, de ce titre. *Vid. la Roche, des droits ſeigneur. chap.* 25, *n.* 3; *Catellan, liv.* 3, *chap.* 40.

§. 47, *Alia ſanè cauſa eſt earum rerum, quæ in tempeſtate levanda navis cauſâ ejiciuntur.*

On peut rappeller en cet endroit ce que nous avons dit à la fin du §. 16, de ce titre, touchant les marchandiſes & effets naufragés qui ſont trouvés à bord de la mer, ou qui ſont tirés de ſon fond; mais il faut obſerver encore que tout ce qui peut concerner le jet des marchandiſes à la mer, pour alléger les navires dans le cas d'une tempête, ou de chaſſe de la part des ennemis & des pirates, ou autrement, & la contribution qui doit ſe faire par les propriétaires des marchandiſes ſauvées, pour le payement des pertes & dommages, eſt réglé par le titre 8 du livre 3 de l'ordonnance de la marine de 1681.

TITRE II.

De Rebus corporalibus, & incorporalibus.

LEs choſes corporelles peuvent être meubles, ou immeubles; & les incorporelles ne ſont autre choſe que les droits, actions & obligations, comme il eſt dit dans ce titre.

Dans preſque tous les pays coûtumiers on ne reconnoît pourtant d'autre diviſion des choſes, que celle que fait l'article 88 de la coûtume de Paris, en diſant, *qu'il y a deux ſortes & eſpeces de biens ſeulement, c'eſt à ſavoir, meubles & immeubles.*

Cette diviſion en meubles & immeubles comprend toute ſorte de biens dans les pays coûtumiers, parce que les actions & droits incorporels y ſont réputés meubles ou immeubles, ſuivant les différens rapports qu'ils ont à l'un ou à l'autre de ces biens: ainſi les actions qui compétent pour le recouvrement ou la poſſeſſion d'un meuble, comme pour une ſomme de deniers, &c. ſont auſſi réputés meubles; mais celles par leſquelles on pourſuit le recouvrement d'un immeuble, ou qui ont pour objet la poſſeſſion d'un immeuble, ſont eſtimées immeubles. *Vid. le comment. de la coût. de Paris ſur ledit art. 88; Brodeau ſur Louet, lettre R. chap. 30; l'Auteur des remarques ſur le Preſtre, centur. 3, chap. 56; Coquille, en ſes inſtit. pag. 95, & ſur les coût. de Nivern. chap. 26, art. 7, pag. 305.*

Cette diviſion eſt même obſervée dans quelque pays du droit écrit; mais on ne la ſuit pas dans cette Province de Languedoc, où, conformément à la loi 7, §. 4, *ff. de peculio*, les noms, voix, droits, actions, & obligations, forment une troiſiéme eſpece de biens, ſéparées des meubles & des immeubles; d'où il arrive que ſi un homme donnoit, par exemple, ſes biens meubles & immeubles, les obligations ou dettes actives qui pourroient lui appartenir, ne ſeroient pas compriſes dans la donation: ce n'eſt que quand il eſt parlé ſimplement des biens, ſans faire mention des meubles, ni des immeubles, que la diſpoſition renferme les droits & dettes actives, parce qu'en effet elles ſont des biens, quoique d'une troiſiéme eſpece, ſuivant la loi 49, *ff. de verb. ſignif.* ou bien lorſqu'il eſt parlé en général de tous & chacun les biens meubles & immeubles; car cette clauſe renferme également les actions, à cauſe de ſa généralité qui n'excepte rien. *Vid. Cambolas, liv. 5, chap. 43; Ferrieres, in quæſt. 291 de Guypap.*

Nous devons remarquer à ce ſujet en paſſant, que dans cette Province & dans la plûpart des pays de droit écrit, les rentes conſtituées à prix d'argent, ou volantes, ſont réputées meubles, & ne peuvent pas parconſéquent être ſuivies par hypothéque, quand elles ont été aliénées ou cédées, & la ceſſion ſignifiée au débiteur deſdites rentes, quoiqu'il en ſoit autrement

dans les pays coûtumiers. *Vid. Catellan, livre 4, chapitre 47 ; & Vedel, ibid.*

Pour ce qui eſt de la qualité des rentes conſtituées, qui, ſelon la diverſité des pays & des coûtumes, ſont cenſées meubles ou immeubles, c'eſt-à-dire, pour décider de quelle qualité elles doivent être réputées, lorſque le débiteur a ſon domicile dans une coûtume différente de celle où le créancier habite ; la plûpart des Auteurs diſtinguent ordinairement les rentes dues par le Roi, par le Clergé, les Villes & les Provinces, d'avec celles qui ſont dues par des particuliers : quant aux premieres, on ſuit la coûtume du lieu où elles ſont aſſignées ; & les autres ſe réglent par la coûtume du domicile du créancier de la rente. Voyez *Louet & Brodeau, lettre R. chap.* 31 ; *De Saux, en ſes nouvel. addit. ſur le Brun, addit.* 4.

Au contraire, on juge indiſtinctement au Parlement de Toulouſe, que pour les rentes conſtituées, de même que pour les dettes actives & les obligations, il faut ſe régler par la coûtume du lieu où le débiteur réſide, ſuivant *Dolive, liv.* 5, *chap.* 33 ; *Ferrieres, in quæſt.* 341 *de Guypap.*

Cependant, non ſeulement pour ce qui regarde les rentes conſtituées dues par les particuliers, mais même pour celles qui ſont dues par le Clergé, & les Provinces ou Pays d'Etats, &c. ſi dans la Ville où réſide le créancier de la rente, il y a auſſi un Bureau ouvert pour le payement des rentes, on juge par-tous qu'il ne faut pas aller chercher ailleurs le débiteur, & on le regarde comme réſidant dans ce même lieu, & comme ſi la rente y étoit aſſignée ; de ſorte que ſi dans ce lieu la rente eſt cenſée meuble par la coûtume, elle eſt auſſi réputée telle, quoique le principal débiteur réſide dans un pays où les rentes ſont immeubles, *& vice verſâ.* Voyez *Boutaric, inſtit. pag.* 369 ; *& l'Auteur des nouvelles addit. ſur le Brun, dict. loc.*

Quant aux offices venaux, ils ſont par-tout réputés immeubles ; ils ont ſuite par hypothéque, & peuvent être ſaiſis ſur le débiteur, d'autorité de Juſtice, avant que la réſignation en ait été admiſe, & les proviſions expédiées ou ſcellées ; & de même ils peuvent être vendus & décretés, à l'exemple des immeubles. *Vid. la coût. de Paris, & ſes comment. art.* 95 ; *Loyſeau, des offices, liv.* 3, *chap.* 4 ; *Graverol ſur la Roche, liv.* 2, *chap.* 52 ; *Catellan, liv.* 6, *chap.* 19. Il y a à ce ſujet un édit du mois de février 1683, portant réglement pour la vente par décret des offices & la diſtribution du prix, & concernant le privilége des créanciers oppoſans au ſceau des proviſions, enſemble une déclaration du 17 juin 1703, & une autre déclaration du Roi du 29 avril 1738, concernant les oppoſitions au titre des offices.

TITRE III.

De Servitutibus ruſticorum & urbanorum prædiorum.

Ad princip.

Ruſticorum prædiorum jura ſunt hæc, iter, actus, via, &c.

IL eſt ici traité des ſervitudes réelles ou prédiales, qui ſont dues aux fonds de terre ou aux édifices, plutôt, ce ſemble, qu'aux perſonnes qui les poſſédent, & qui aſſujettiſſent une maiſon ou un héritage à un autre héritage; on les appelle ruſtiques, quand elles ſont dues à des héritages ou fonds de terre; & urbaines, lorſquelles ſont attachées à des maiſons, ſoit à la ville, ſoit à la campagne.

La ſervitude de paſſage que Juſtinien diſtingue ici en trois eſpeces, *iter*, *actus*, *via*, n'eſt connue parmi nous que ſous le nom de ſervitude de paſſage ou de chemin; le titre de conſtitution de cette ſervitude régle ordinairement le lieu, l'étendue ou largeur du paſſage, & la maniere d'en uſer, ſoit à pied, à cheval, ou avec chariot; & toutes les queſtions qui peuvent s'élever à cet égard, ſont preſque toujours renvoyées à des Experts, conformément à la loi 13, §. 2, *ff. de ſervitut. ruſtic. præd.*

Cette ſervitude de paſſage devient même une ſervitude naturelle & de néceſſité toutes les fois qu'on ne peut pas paſſer ailleurs, juſques-là que ſi un homme ayant deux pieces de terre contiguës, en vend une, ſans s'aviſer qu'il faut néceſſairement qu'il paſſe par celle-là pour aller à l'autre qu'il ſe réſerve, comme ne pouvant pas paſſer ailleurs; ſon inadvertance n'empêche pas qu'il ne puiſſe demander le droit de paſſage ſur la piece vendue, tout de même que ſi dans le contrat de vente il l'avoit par exprès excepté. *Leg.* 22, §. 1, *ff. de condict. indebiti. Graverol ſur la Roche, liv.* 3, *lettre S. titr.* 4, *art.* 1.

La ſervitude de paſſage eſt ſi favorable, qu'un voiſin eſt toujours obligé de fournir le chemin & paſſage à ſon voiſin, par ſa terre, pour aller à ſes poſſeſſions, en lui payant le dommage que ce paſſage peut lui cauſer; mais cette ſervitude ne peut réguliérement être impoſée que ſous deux conditions: la premiere, que le voiſin ne puiſſe pas paſſer ailleurs; car s'il peut le faire, quoiqu'avec difficulté & incommodité, & par de grands détours, le voiſin n'eſt pas tenu de lui bailler chemin ſur ſa terre; la ſeconde, que le chemin ne doit être accordé que *per partem fundi minùs damnoſam*; car la juſtice veut que ces ſervitudes naturelles qui naiſſent de la ſituation des fonds par la néceſſité qu'il y a de donner le paſſage, ſoient impoſées avec le moins d'incommodité qu'il ſe peut: & de-là vient que lorſque la ſervi-

tude a été ainſi établie par néceſſité, le propriétaire du fonds aſſujetti peut toujours changer le paſſage d'un lieu à un autre, ſuivant qu'il lui devient moins incommode, & que celui à qui la ſervitude eſt due, n'y trouve pas moins de facilité ou de commodité. *Cœpola, tract. de ſervitut. ruſtic. prad. cap.* 1, *n.* 7.

Il a même été jugé par un arrêt du 9, avril 1739, rendu au Parlement de Toulouſe, au rapport de M. de Boyer, que celui dont le fonds eſt ſoumis à un chemin de ſervice ou de paſſage, peut fermer ce chemin par un portail ou une claire vûe, à la charge de remettre à celui à qui la ſervitude eſt due, une clef de ce portail, pour qu'il puiſſe paſſer & repaſſer librement.

Aquæ ductus eſt jus aquæ ducendæ per fundum alienum.

La dérivation des eaux peut ſe faire ou par le moyen des tuyaux, ou par un canal creuſé dans la terre, afin d'y faire couler l'eau & la conduire dans ſon héritage; lorſqu'il s'agit de la priſe d'eau d'une riviere navigable, ou d'une riviere ou ruiſſeau non navigable, cette ſervitude ne peut être conſtituée que par un titre ou une conceſſion du Roi, ou des Seigneurs Hauts-Juſticiers auxquels ces rivieres appartiennent; & à l'égard des priſes d'eau d'une fontaine ou d'un puits qui ont leur ſource dans le fonds d'un particulier, il faut également un titre ou une conceſſion de la part de ce particulier, qui eſt même en tout tems en droit de retenir ces eaux, & d'empêcher cette ſervitude, quand elle n'eſt pas établie par un titre, à moins qu'on n'eût acquis la ſervitude par une poſſeſſion ancienne jointe à des ouvrages apparens, tels que des tuyaux, foſſés, ou canaux pratiqués dans le fonds de ce propriétaire pour en prendre les eaux, ainſi que nous l'avons expliqué au §. 2, du titre premier de ce livre.

§. 1, *Prædiorum urbanorum ſervitutes ſunt hæ, ut vicinus onera vicini ſuſtineat, ut in parietem ejus liceat tignum immittere, &c.*

Les murs mitoyens ou communs étoient preſque inconnus chez les Romains, quoiqu'ils puſſent néanmoins faire les bâtimens contigus, & des murs mitoyens par convention; mais preſque toujours leurs maiſons étoient ſéparées les unes des autres, & iſolées en forme d'iſle; d'où vient que ſuivant la loi derniere, *ff. finium regundor.* on ne pouvoit réguliérement bâtir une maiſon qu'en laiſſant un eſpace vuide de deux pieds au moins entre ſon bâtiment & celui du voiſin, & que dans la loi 3, §. 2, *ff. de officio præfect. vigil.* dans la loi 4, *ff. de impenſ. in res dotal. fact.* & autres textes, les maiſons ſont appellées des iſles: ainſi on ne trouve que fort peu de déciſions, au ſujet des murs mitoyens, dans les loix 19 & 40, *ff. de ſervitut. urban. prad.* Il faut recourir là-deſſus aux coûtumes de ce Royaume, qui contiennent divers réglemens pour les ſervitudes urbaines & pour les murs

mitoyens, & ſur-tout à la coûtume de Paris, qui fait loi par-tout en cette matiere, lorſqu'il n'y a pas de coûtume particuliere qui ſoit contraire.

Touchant les murs mitoyens il y a trois ou quatre maximes à obſerver, ſur leſquelles les coûtumes ſont aſſez conformes.

1°. Dès qu'un homme a fait bâtir ſans laiſſer un eſpace vuide ſur ſon propre terrein au-delà de ſon bâtiment, il ne peut pas empêcher que ſon mur devienne mitoyen entre lui & le voiſin, & que celui-ci n'ait le droit, s'il le veut, de bâtir & d'appuyer contre, en payant la moitié dudit mur & du ſol lequel il eſt bâti juſqu'à ſon héberge, c'eſt-à-dire, juſqu'à la hauteur du bâtiment que ce voiſin veut élever. *Vid. la coût. de Paris, art.* 194, *& ſuiv.*

2°. Tout mur qui ſépare deux maiſons, cours, ou jardins, eſt réputé mitoyen, s'il n'y a un titre contraire, ou bien des marques extérieures, comme filets de pierre, corbeaux, ou autres, d'un côté ſeulement, qui puiſſent faire connoître que le mur n'eſt pas mitoyen : *Vid. la coût. de Paris, art.* 211 *&* 214; *& Coquille, en ſes inſtit. pag.* 60 *&* 61, qui explique auſſi quelles ſont les marques extérieures qui peuvent faire juger ſi un mur eſt propre, ou mitoyen.

3°. Par le droit romain, en la loi 40, *ff. de ſervit. præd. urban.* & par l'article 199 de la coûtume de Paris, il eſt prohibé de faire dans un mur mitoyen, ſans l'accord du voiſin, aucunes fenêtres ou trous pour vûes, en quelque maniere que ce ſoit, à verre dormant, ni autrement ; mais les autres coûtumes de ce Royaume permettent au contraire pour la plûpart de faire des jours ou ouvertures dans les murs mitoyens, tout comme dans les murs propres, afin de recevoir la clarté du ciel, & pourvu que ces ouvertures ſoient à une certaine hauteur, ſavoir, à neuf pieds du rez de chauſſée, quant au premier étage, & de ſept pieds de hauteur pour les autres étages, enſorte qu'on ne puiſſe point voir ce qui ſe paſſe chez le voiſin, & que ces jours ou ouvertures ſoient fermés par un chaſſis à fer maillé & verre dormant, ou ſcellé en plâtre qui ne puiſſe pas s'ouvrir ; telle eſt auſſi la coûtume ou uſage dans cette Province. *Vid. Coquille, queſt.* 297, *& ſur les coût. de Nivern. chap.* 10, *art.* 9; *François, ſur la coût. de Toulouſe, titr. des édifices, art.* 2.

Là-deſſus on peut remarquer que par un arrêt du Parlement de Toulouſe du 7 août 1731, rendu entre des Parties de la ville de Lourdes en Bigorre, il a été jugé que n'y ayant point de coûtume locale qui permette ces ſortes d'ouvertures ou fênetres hors d'aſpect dans les murs mitoyens, on ne peut pas en avoir, & qu'il faut s'en tenir au droit romain, & à l'article 199 de la coûtume de Paris déja cité, qui défendent toute ſorte d'ouvertures en mur mitoyen, s'il n'y a un titre ou ſervitude établie pour cela.

On peut remarquer encore que l'article 37 du ſtatut de cette ville de Montpellier défend de faire des fenêtres ſur les toits des maiſons voiſines,

ſans en avoir un titre, & ordonne qu'elles ſeront fermées : il faut lire en effet dans cet article, *ſuper tegulas*, & non *ſubter* ou *ſubtùs tegulas*, pour éviter toute abſurdité, quoique portent certains manuſcrits ; ſur quoi il a été jugé par un arrêt du 3 Septembre 1716, entre le ſieur Peyron, Conſeiller honoraire au Sénéchal, & Nicolas Lange, Huiſſier à la Cour des Aydes, que la preſcription même de plus de trente ans ne ſuffiſoit pas pour conſerver au ſieur Peyron une fenêtre qu'il avoit fait dans le mur mitoyen ſur le toit de la maiſon de Lange ; parce que le ſtatut requérant pour cela une convention expreſſe, tout autre moyen d'acquérir la ſervitude étoit préſumé exclus, vû que la ville de Montpellier étant ſituée en pays de droit écrit, il étoit cenſé que le ſtatut n'avoit été fait que pour y déroger ; ainſi le ſieur Peyron fut condamné de fermer ſa fenêtre, ſauf à lui de la mettre hors d'aſpect, grillée & à chaſſis dormant, juſqu'à ce que Lange voudroit élever ſa maiſon.

Enfin, il faut obſerver que les ouvertures ou fenêtres faites par l'un des voiſins dans le mur mitoyen, & hors d'aſpect, n'empêchent pas en effet que l'autre voiſin ne puiſſe en tout tems ſe ſervir du mur, & bâtir contre ; & qu'il en doit être de même, quand bien le mur ſeroit propre, & non mitoyen, s'il joint ſans milieu l'héritage du voiſin, c'eſt-à-dire, ſi on n'a pas laiſſé un eſpace vuide entre deux ſur ſon propre terrein, quand on a bâti ; qu'en un mot aucune preſcription ne peut être oppoſée au voiſin en cette matiere, tandis que les jours ou ouvertures ont été hors d'aſpect. *Vid. Coquille & François, dictis locis.*

4°. Il n'eſt pas permis dans un mur même qui nous appartient en ſeul, & qui joint immédiatement l'héritage ou le fonds d'autrui, de faire des fenêtres pleines & droites pour avoir vûe ſur le voiſin, mais tout au plus pour recevoir le jour & la clarté du ciel, en mettant leſdites ouvertures à fer maillé & verre dormant, & à la hauteur portée par les coûtumes ; les fenêtres à aſpect ou à acoudoir, pour voir & regarder dans le fonds du voiſin, ne ſont permiſes, même dans les murs propres & particuliers, que lorſqu'il y a ſix pieds de diſtance entre le mur où on veut les faire, & la maiſon ou fonds du voiſin, s'il s'agit de vûes droites ; & de deux pieds au moins de diſtance, s'il s'agit de vûes obliques ou de côté. *Vid. les art.* 200, 201 & 203 *de la coût. de Paris.*

On peut néanmoins dans les pays de droit écrit acquérir par la preſcription trenténaire le droit d'avoir des fenêtres droites & à aſpect dans le mur, ſoit mitoyen, ou non mitoyen, qui joint même immédiatement le fonds d'autrui ; c'eſt ainſi qu'on le juge : il y en a entr'autres un arrêt du 2 mai 1710 rendu en faveur de Me. Depieds, Bénéficier, du Chapitre de Saint Gilles, contre le Chapitre de la même Egliſe.

Ut

Ut ſtillicidium, vel flumen, recipiat quis in ædes ſuas.

Cette obligation de recevoir le ſtillicide, ou les eaux & égoûts de la maiſon voiſine, ne peut s'établir que par un titre, ou par une preſcription qui ſuppoſe le titre, du moins dans le pays de droit écrit; car du reſte, ſi on n'établit la ſervitude, tout eſt préſumé libre; & lors même que la ſervitude eſt établie, on ne doit en uſer qu'avec le moins d'incommodité qu'il ſe peut pour le fonds ſervant. Ainſi en matiere de ſervitudes le moindre changement qui tende à les aggraver ou augmenter, eſt défendu : c'eſt pourquoi celui auquel le ſtillicide eſt dû, peut bien le hauſſer; car par ce moyen la ſervitude en devient moindre, à cauſe que ſouvent, quand il tombe de haut, le vent en emporte une partie, mais il ne peut pas l'abbaiſſer, *quia gravior fit ſervitus, id eſt, pro ſtillicidio flumen*, comme il eſt dit dans la loi 20, §. 5, *ff. de ſervit. urban. prad.*

Ne altiùs quis tollat ædes ſuas.

C'eſt une ſervitude de s'être obligé à ne pouvoir pas élever ſon bâtiment; car en effet, s'il n'y a point de ſervitude impoſée à ce ſujet, il eſt certain qu'on a la liberté d'élever ſes murs & ſes bâtimens à telle hauteur qu'on trouve à propos, conformément au droit, en la loi 8, *cod. de ſervitut. & aquâ*, & à l'article 187, de la coûtume de Paris, qui dit, que quiconque a le ſol, peut édifier par deſſus & par deſſous, s'il n'y a titre contraire.

Ne luminibus vicini officiat.

La ſervitude de vue & la ſervitude de clarté ou de lumiere ſont deux choſes différentes, tout comme dans le droit il y a de la différence *inter jus luminum & jus proſpectûs*, ainſi que l'obſerve *Coquille ſur la coût. de Nivern. chap.* 10, *art.* 2. Mais il y a également une grande différence à faire de la ſervitude appellée, *luminum*, dans le droit, c'eſt-à-dire, la ſervitude de lumiere ou de clarté qu'on a ſtipulée du voiſin, d'avec cette autre ſervitude, dont il eſt ici parlé, appellée, *ne luminibus officiatur.*

Cette différence eſt marquée dans la loi 4, *ff. de ſervitut. urban. prad.* Car la ſervitude de lumiere, de jour ou de clarté, qu'on a ſtipulée d'un voiſin, n'empêche pas que celui-ci ne puiſſe élever ſon bâtiment, ou même bâtir à une diſtance raiſonnable des ouvertures ou fenêtres de notre maiſon, pourvu qu'il nous laiſſe une clarté ſuffiſante pour y voir & prendre la lumiere du ciel, quand même il en réſulteroit quelque peu d'obſcurité, & que le jour s'en trouveroit un peu diminué, ſi le contraire n'a été dit expreſſément; au lieu que la ſervitude, *ne luminibus noſtris officiatur*, ôte évidemment au voiſin la liberté d'élever ſon bâtiment, ou de faire quelqu'autre ouvrage qui puiſſe en rien diminuer ou obſcurcir le jour de nos vues ou fenêtres; & c'eſt ſur ces principes que par un arrêt du 12 mai

1721 rendu au Parlement de Toulouse, il fut jugé que le sieur Loubaisin, habitant de ladite ville, propriétaire d'une maison & d'une cour joignant une autre maison du sieur de Besga, avoit pu élever dans cette cour, de son côté, un bâtiment qui obscurcissoit un peu les fenêtres grillées & hors d'aspect d'une sale-basse que le sieur de Besga avoit dans cette cour, nonobstant la clause par laquelle celui qui étoit originaire propriétaire de ces deux maisons & cour, en avoit vendu l'une aux auteurs du sieur de Besga, avec toutes les vues & fenêtres qu'elle avoit sur ladite cour, & en l'état qu'elles étoient lors de cette vente; j'ai décidé & vu décider la même chose en l'année 1741 en faveur du sieur de Rignac, Chevalier de Saint Louis, contre Me. Bellonet, Notaire de Montpellier, propriétaires de deux maisons qui avoient jadis appartenu à un même maître.

§. 4, *Si quis velit vicino aliquod jus constituere, pactionibus id efficere debet; potest etiam testamento haredem suum damnare, ne altiùs tollat ædes suas, &c.*

Il est hors de doute qu'on peut établir & acquérir les servitudes, aussi-bien par testament que par contrat; mais on peut encore les acquérir par la prescription, du moins dans les pays de droit écrit. Il en est autrement dans les pays coûtumiers, où nul droit de servitude ne peut être acquis par quelque longue jouissance que ce soit, sans un titre, encore que l'on eût joui cent ans ou davantage, conformément à l'article 186 de la coûtume de Paris.

Au contraire, dans les pays de droit écrit, comme nous l'avons dit; les servitudes peuvent êtres acquises par la prescription, ainsi que chez les Romains; mais au lieu que dans le droit romain les servitudes pouvoient s'acquérir par la prescription de dix ans entre présens, & vingt ans entre absens, appellée, *præscriptio longi temporis, leg. ult. in fine, cod. de prescript. longi temp.* on juge néanmoins qu'il faut une prescription de trente années à l'égard des servitudes continues, & une prescription ou possession immémoriale pour acquérir les servitudes discontinues; la prescription de dix ou vingt ans n'ayant lieu parmi nous que contre les hypothéques des créanciers. *Vid. Catellan & Vedel, liv. 3, chap. 6; Ferrieres, in quæst. 573 de Guypap.*

Ainsi par un arrêt du Parlement de Toulouse du 19 mai 1702, il fut jugé que les servitudes discontinues ne peuvent s'acquérir que par un tems immémorial, ou de cent années; la même chose fut jugée le 21 mars 1703, en la cause du sieur du Rieu contre le sieur Montfalcon; & il y a un pareil arrêt du 8 février 1721, pour le sieur Faure, Me. Apoticaire de Beziers, contre la demoiselle Foures, au sujet d'une servitude de passage sur les possessions dudit Faure.

On regarde comme des servitndes discontinues, celles qui ne s'exercent

que par intervalles, & n'ont pas une cauſe continue, ou qui ont beſoin du fait de l'homme, comme de paſſer ſur le fonds d'autrui, d'aller prendre de l'eau ou d'aller abreuver à ſa fontaine ou à ſon puits, d'aller faire pacager, d'aller couper & prendre du bois dans ſes forêts, & ainſi du reſte; & on regarde comme des ſervitudes continues, celles dont l'exercice eſt continuel, ou réellement & de fait, ou par aptitude & par quelque ouvrage apparent qui puiſſe donner lieu de l'exercer; comme, par exemple, des vues & fenêtres pleines & à aſpect ſur le fonds du voiſin, par leſquelles on peut regarder, quand on veut; le ſtillicide qui eſt toujours prêt à recevoir & rejetter les eaux pluviales, &c. *Cœpola, de ſervitut. urban. prad. cap.* 10 *&* 20; *Dunod, des preſcrip. pag.* 291.

On a même quelquefois jugé qu'à l'égard du paſſage, quoique regardé comme une ſervitude diſcontinue, il ſuffiſoit pour l'acquerir, de prouver, ſinon une poſſeſſion ou preſcription immémoriale, du moins une poſſeſſion trenténaire, mais au vu & ſçu du propriétaire du fonds ſur lequel on avoit paſſé.

Pour ce qui eſt des ſervitudes occultes, dont les actes n'ont pas été apparens, & dont il n'a pas été poſſible au voiſin de s'appercevoir, comme ſi l'on avoit clandeſtinement pratiqué des lieux dans le mur mitoyen avec le voiſin, ou ſi l'on avoit pris les eaux de ſa fontaine ou de ſon puits par des canaux ſouterreins & cachés, il eſt certain qu'on ne pourroit pas prétendre d'avoir acquis à cet égard aucun droit de ſervitude, quand même on auroit ainſi joui & poſſédé clandeſtinement pendant cent ans ou davantage; car ces ſortes de ſervitudes ſont impreſcriptibles. *Vid. leg.* 1, *cod. de ſervitut. & aquâ. Cœpola, de ſervitut. part.* 2, *chap.* 1, *n.* 30, *& chap.* 4, *n.* 55, 57, *& ſuiv. Pereſius, cod. lib.* 3, *tit.* 34, *n.* 27.

Quant à la liberté contre les ſervitudes une fois établies, on l'acquiert, & on s'affranchit deſdites ſervitudes, par la preſcription trenténaire, ſuivant l'article 186 de la coûtume de Paris déjà cité, qui dit que la liberté peut ſe reacquérir contre le droit de ſervitude par trente ans, entre âgés & non privilégiés; & cette coûtume eſt ſuivie en ce point par tout le Royaume, quoique le droit romain donnât la liberté contre les ſervitudes par le non-uſage de dix ou vingt ans, comme on le voit dans la loi 13, *cod. de ſervit. & aquâ.*

On ſe conforme néanmoins au droit romain pour la diſtinction qu'il fait en ceci des ſervitudes ruſtiques d'avec les ſervitudes urbaines, dans la loi 6. *ff. de ſervitut. urban. prad.* Car à l'égard des ſervitudes ruſtiques, la preſcription trenténaire pour s'en affranchir court depuis le jour que celui qui avoit le droit de ſervitude, a ceſſé d'en uſer; au lieu qu'à l'égard des ſervitudes urbaines qui ne concernent que les édifices, elles ne ſe perdent pas préciſément faute d'en uſer, & la preſcription trenténaire qui les affranchit, ne court point, ſinon qu'on ait fait quelque acte pour en acquérir la liberté,

ou qu'il y ait eu contradiction ou oppoſition à la ſervitude ſoit en élevant, par exemple, ſon bâtiment, nonobſtant la ſervitude *altiùs non tollendi*; ou en s'oppoſant à la ſervitude *onera vicini ſuſtinendi*, *vel flumen ejus recipiendi*, & que le voiſin à qui la ſervitude étoit due, ait ſouffert ces actes ou ces oppoſitions & empêchemens, ſans en réclamer dans les trente ans. *Vid. le Preſtre*, *cent.* 2, *chap.* 63.

Au ſurplus, la deſtination du pere de famille ne vaut point titre, ſi elle n'eſt par écrit, ſuivant les articles 215 & 216 de la coûtume de Paris conforme en ce point au droit, en la loi 7, *ff. communia prædiorum*, c'eſt-à-dire, qu'il eſt indifférent & inutile pour pouvoir établir ou conſerver des ſervitudes, que les deux édifices ou héritages aient appartenu à un même maître, ſi lors de la vente d'un de ces édifices, ou lors du partage qui eſt fait entre ſes enfans ou ſucceſſeurs, les ſervitudes n'ont été nommément déclarées & réſervées. *Vid. Brodeau ſur Louet*, *lettre S. chap.* 1.

On dit communément que les ſervitudes étant des droits incorporels, ſont indiviſibles ou individues de leur nature, ce qui demande quelque explication; car on appelle dividu, ce qui peut être accompli par parties, *quod pro parte ſeorſim impleri vel præſtari poteſt*; & individu, ce qui ne peut être accompli que tout à la fois, *non niſi in ſimul & in totum*: ainſi une ſervitude eſt regardée comme individue, parce que celui qui la doit, eſt obligé de l'accorder tout entiere; que ſi elle eſt due à pluſieurs, ils ont tous le droit d'en uſer ſolidairement; & que celui qui n'a même qu'une partie du fonds dominant, jouit de tous les droits attachés à la ſervitude ſur les fonds ſervant: *leg.* 23, §. *ult. ff. de ſervit. præd. ruſtic.* Il y a également des ſervitudes dont l'uſage eſt individuel, comme, par exemple, la ſervitude de chemin, *quia nemo partim ire*, *partim ſtare videri poteſt*; de ſorte que ſi on conſidére les ſervitudes par rapport à la perſonne qui en uſe, & comme un droit incorporel, elles ſont individues; mais ſi on les conſidére par rapport à l'utilité que l'on tire de la ſervitude, & que cette utilité ne conſiſte pas dans un fait individuel, *ſed pro parte impleri poteſt*; alors elles peuvent être regardées comme diviſibles; au lieu que ſi cette utilité conſiſte dans un fait individu, *quod pro parte non poteſt impleri*, elles ſont conſidérées comme indiviſibles: *leg.* 11, *& leg.* 17, *ff. de ſervitutibus.*

De l'individuité des ſervitudes il ſuit que ſi le fonds dominant appartient par indivis à pluſieurs, l'uſage que fera un ſeul d'entr'eux de la ſervitude de chemin, par exemple, ou autre ſervitude, la conſervera à tous; & de même ſi le fonds ſervant appartient à pluſieurs perſonnes par indevis, l'uſage de la ſervitude ſur une partie du fonds la fait ſubſiſter ſur tout le reſte: ſi au contraire le fonds dominant eſt partagé, le propriétaire d'une portion ne conſerve le chemin ou la ſervitude que pour lui, & celui de l'autre portion le perd, s'il n'en uſe pas, &c.

L'individuité

L'individuité d'une ſervitude opére auſſi que, quand le fonds dominant appartient en commun & par indivis à deux perſonnes, dont l'une eſt privilégiée pour ſuſpendre le cours de la preſcription, le majeur, par exemple, profite en ce point du privilége du mineur. *Leg.* 10, *ff. quemad. ſervit. amitt.*

L'individuité fait également que celui qui a droit de paſſer avec chariots & chevaux, conſerve le chemin quand il ne paſſeroit que ſeul, parce que l'un fait partie de l'autre; & que quand on uſeroit d'une ſervitude d'une maniere plus ample qu'elle n'a été établie, comme d'un chemin au lieu d'un ſentier, on conſerve néanmoins le ſentier : mais ceci eſt différent du cas où l'on auroit uſé d'une autre eſpece de ſervitude que celle qui a été concédée : *qui aliud facit, ſervitutem amittit, non utendo; qui plus facit, non amittit. Leg.* 10, §. 1, *& leg.* 11, *ff. quemad. ſervit. amitt.*

Enfin, les ſervitudes peuvent être augmentées par la preſcription dans les pays de droit écrit, quoiqu'il en ſoit autrement dans les pays coûtumiers, où il faut toujours un titre; ainſi on peut preſcrire une plus ample ſervitude que celle qui eſt portée par le titre, parce que c'eſt ſeulement preſcrire outre & au-delà du titre, & non contre le titre : c'eſt pourquoi il a été jugé par un arrêt du Parlement de Toulouſe du 23 août 1740, en faveur de la Dame de Querelle, épouſe de M. Faure Tréſorier de France à Montpellier, contre le ſieur Farjon, Marchand, que quoiqu'elle n'eût le droit de ſtillicide dans le jardin dudit Farjon que pour le couvert d'un grenier à foin d'environ trois cannes, ayant néanmoins aggrandi & étendu ce grenier & ce couvert avec le ſtillicide dans le même jardin, & ayant joui de cette augmentation depuis trente années, elle avoit auſſi preſcrit le droit de ſtillicide pour cette augmentation.

On peut également diminuer quelquefois la ſervitude, ou s'en affranchir par la preſcription trenténaire, auſſi-bien pour une partie que pour le tout; comme ſi celui qui doit la ſervitude *altiùs non tollendi*, éleve une partie de ſon mur, & qu'il jouiſſe paiſiblement de cette élévation durant trente années.

TITRE IV.

De Uſufructu.

§. 1, *Sine teſtamento ſi quis velit uſumfructum conſtituere, pactionibus & ſtipulationibus id efficere debet.*

IL n'eſt parlé ici que de l'uſufruit conventionnel, ou du teſtamentaire, c'eſt-à-dire, établi par la convention de l'homme, ou par ſa diſpoſition, par contrat ou par teſtament; mais indépendamment de cette eſpece d'uſu-

fruit, il y a encore l'uſufruit légal, établi par la loi en faveur du pere ou de l'ayeul ſur les biens de ſes enfans, dont nous parlerons dans le titre IX. de ce Livre.

§. 2, *Ergò Senatus non fecit earum rerum uſumfructum, ſed per cautionem quaſi uſumfructum conſtituit.*

Il faut diſtinguer entre l'uſufruitier des choſes qui ne ſe conſument par l'uſage que peu à peu, comme le linge, meubles, outils, & autres effets mobiliers, & entre celui qui a l'uſufruit des choſes qui ſe conſument entiérement par l'uſage qu'on en fait, & dans l'inſtant, pour ainſi dire, comme les denrées, l'argent monnoyé, &c.

A l'égard des premiers, lorſque l'uſufruit a pris fin; eux ou leurs héritiers ne doivent rendre les choſes qui ſe ſont conſumées ou gâtées peu à peu par l'uſage fait durant la jouiſſance, qu'en l'état où elles ſe trouvent, non détériorées toutefois par leur dol ou par leur faute; & même ſi par le long uſage fait ſans fraude ces choſes ſont dépéries en entier, c'eſt au détriment du propriétaire à qui elles doivent être rendues, conformément à la loi 9, §. 3, *ff. uſufructuarius quemad. caveat*, & à la loi 15, *ff. de uſufructu.*

Au contraire, l'uſufruitier des choſes qui ſe conſument dans l'inſtant par l'uſage, ou ſes héritiers ſont obligés, après l'uſufruit fini, d'en rendre au propriétaire d'autres de même quantité & qualité, ou leur valeur & leur eſtimation; parce que la jouiſſance à l'égard de cet uſufruitier ne peut être regardée que comme une eſpece de prêt, & qu'il ne ſauroit repréſenter ces choſes en nature. *Leg.* 7, *ff. de uſufructu earum rer. quæ uſu conſumuntur.*

Mais la queſtion eſt de ſavoir ſi tous les uſufruitiers doivent bailler caution au propriétaire pour ſa ſûreté, comment ils doivent fournir ce cautionnement, & s'ils peuvent même être déchargés du bail de caution.

Quant à la décharge, on juge que le cautionnement peut être remis & relâché à l'uſufruitier par celui qui lui a laiſſé l'uſufruit, tout comme par ſes héritiers, parce qu'enfin chacun eſt maître de régler la diſpoſition de ſon bien en la maniere qu'il le trouve à propos, quoiqu'en ait décidé autrement la loi 1, *cod. de uſufructu*, & quoiqu'en aient penſé quelques Auteurs qui n'ont fait que ſuivre cette loi. *Vid. Cambolas, liv.* 4, *chap.* 15, *vers la fin, & chap.* 43, *n.* 5; *Bornier ſur Ranchin, verb. uſufructus, n.* 26 *&* 31.

Que s'il n'a été rien dit ſur le bail de caution, l'uſage eſt que l'uſufruitier des immeubles n'eſt point aſſujetti de bailler caution, d'autant mieux que la caution que la loi & les Auteurs exigent de lui, n'eſt qu'un cautionnement d'uſer des immeubles en bon pere de famille, & de les rendre après la fin de l'uſufruit.

Lorsqu'il s'agit au contraire de l'usufruit des choses qui se consument entiérement par l'usage qu'on en fait, comme d'une somme d'argent, des denrées, & autres choses semblables, l'usufruitier est soumis à bailler caution; & s'il est dans l'impuissance d'en trouver, on ordonne que la somme d'argent, par exemple, sera remise & placée entre les mains d'une tierce personne solvable, qui en délivrera annuellement le profit ou les intérêts à l'usufruitier; & l'on en use de même, s'il s'agit des denrées, dont on ordonne la vente & le placement du prix. *Vid. Guypape, & ses comment. quest.* 250; *Mornac sur la loi* 7, *ff. de usufructu earum rer. quæ usu consumuntur. Papon, liv.* 14, *titr.* 2, *art.* 11.

On peut en user de même à l'égard des immeubles, si cela paroît nécessaire, en ordonnant qu'ils resteront entre les mains du propriétaire, ou autre personne qui s'obligera de payer annuellement à l'usufruitier autant que le revenu des fonds peut produire, comme on le voit dans l'espece de l'arrêt cité par *Cambolas, liv.* 4, *chap.* 43, *in fine.*

Mais comme il n'est pas possible de pratiquer un semblable expédient à l'égard des choses qui sans se consumer dépériſſent ou diminuent, & se gâtent par l'usage, tels que les meubles, & autres effets, dont la jouissance est personnelle à l'usufruitier, & qu'il doit seulement représenter en nature après la fin de l'usufruit; la régle est qu'on n'oblige pas l'usufruitier à donner caution, s'il est dans l'impossibilité d'en trouver, & qu'on ne le prive pas de la jouissance par le seul défaut de bail de caution; il seroit en effet trop rude que l'usufruit devînt ainsi inutile par la difficulté qu'il y a de trouver des cautions; & cela a été ainsi jugé par un arrêt du mois de juillet 1720, rendu par le Parlement de Toulouse, au rapport de M. Raymond, qui déchargea la demoiselle Rat, veuve du sieur Donadieu de la ville de Narbonne, du bail de caution, à raison de la jouissance des meubles & effets considérables à elle légués par son mari, contre les neveus & héritiers dudit sieur Donadieu.

§. 3, *Finitur autem ususfructus morte usufructuarii.*

Il n'y a point de doute que l'usufruit laissé *ad vitam* prend fin & se réunit de plein droit à la propriété par la mort de l'usufruitier; & il en est de même de l'usufruit qui a été légué à une personne jusqu'à un certain tems, ou jusqu'à l'événement de quelque condition, ou jusqu'à ce que cette même personne ou un autre eussent atteint un certain âge, comme, par exemple, l'âge de 25 ans, ce qui équipolle à une condition; car alors cet usufruitier venant à mourir avant la condition ou le tems marqué, l'usufruit s'éteint aussitôt, & se consolide à la propriété, sans que les héritiers de cet usufruitier puissent rien prétendre à la jouissance du tems qui reste à courir, comme il est décidé dans la loi 12, *cod. de usufruct.* & on juge la même chose à l'é-

gard du légat des fruits ou revenus d'un fonds laiſſé juſqu'à certain tems. *Catellan*, *liv.* 2, *chap.* 50.

Il en eſt autrement, lorſqu'il eſt queſtion, non de la mort prématurée de l'uſufruitier, lui-même, mais de la mort prématurée de celui dont l'âge avoit été pris comme une condition juſqu'à l'événement de laquelle l'uſufruit devoit durer, comme quand l'uſufruit étant laiſſé à quelqu'un juſqu'à ce que le fils du teſtateur ou autre perſonne eût atteint, par exemple, l'âge de 25 ans, ce fils ou cette autre perſonne ſont morts avant cet âge; car cette mort anticipée n'empêche pas que l'uſufruitier ne doive continuer de jouir de l'uſufruit juſqu'au tems marqué, puiſqu'en ce cas le teſtateur *non ad vitam hominis reſpexit*, *ſed ad certa curricula*, comme il eſt dit dans la loi déja citée.

Il faut dire tout le contraire de la mort prématurée de l'héritier chargé de rendre au tems que le ſubſtitué aura atteint un certain âge; car celui-ci ne peut demander aux ſucceſſeurs de l'héritier grévé la reſtitution du fidéicommis avant le tems marqué, non plus que ſi le ſubſtitué étoit décédé lui-même avant l'âge préfix, ſes héritiers ne pourroient pas demander la reſtitution dudit fidéicommis, bien que tranſmiſſible, mais ſeroient obligés d'attendre juſqu'audit tems; c'eſt la déciſion de la loi 36, §. *Titia. ff. de condit. & demonſtrat.*

Et duabus capitis deminutionibus, maxima, & media.

L'uſufruit finit par la condamnation de l'uſufruitier aux galeres perpétuelles, ou à autre peine emportant mort civile; il faut décider encore qu'il prend fin par la profeſſion Religieuſe de l'uſufruitier, & qu'il ſe réunit à la propriété, ſans que le Monaſtere où il entre, puiſſe en profiter, ni que les héritiers qu'il auroit inſtitué avant de faire profeſſion, y puiſſent rien prétendre, quoique les Auteurs ne ſoient pas tous d'accord là-deſſus.

Mais les legs alimentaires ou d'une penſion viagere ne s'éteint pas par la mort civile du légataire, & dure juſqu'à ſa mort naturelle, parce qu'il s'agit des alimens, *leg.* 10, *ff. de capite minutis*; de-là vient auſſi qu'on peut faire valablement à un Religieux Profés, quoique mort civilement, tout comme à un condamné à mort civile, un legs annuel ou d'un penſion viagere pour ſes alimens, ou ſes autres menus beſoins, comme l'a remarqué *Dolive*, *liv.* 1, *chap.* 4, *n.* 18, 19 & 20; & *Richard*, *tom.* 1, *chap.* 3, *part.* 1, *ſect.* 4, *n.* 265, & *ſect.* 5, *n.* 336.

Boutaric, pag. 178, rapporte un arrêt de l'année 1691, qui caſſa même la renonciation faite par un Religieux à un pareil légat ſans le conſentement du Monaſtere; il faut ſeulement obſerver que comme le Religieux ne peut demander ſa penſion viagere que par le miniſtere du Syndic de ſon Couvent, *quia non habet legitimam perſonam ſtandi in judicio*, de même le condamné à mort civile ne peut pas en pourſuivre le payement que par le miniſtere

miniſtere de M. le Procureur général, ou de ſes Subſtituts, comme je l'ai fait juger par un arrêt du 18 août 1725, au ſujet d'une penſion viagere de 2000 liv. conſtituée au profit du ſieur de Viſſec, Marquis de Ganges, condamné au banniſſement perpétuel.

On a demandé ſi lorſque l'uſufruit a été légué ou donné indéfiniment à une Ville, Corps, ou Communauté, ſoit Religieuſe ou autre, qui ne meurent point, tandis que la propriété a été laiſſée à un tiers, cet uſufruit ne doit durer que trente années, ſuivant la loi *computationi 68, ff. ad legem falcidiam*, ou ſe porter juſqu'à cent ans, comme le veut la loi 56, *ff. de uſufructu*; mais l'opinion la plus raiſonnable eſt celle qui ne le fait durer que trente ans, pour que la propriété ne devienne pas entiérement inutile au maître de la choſe. *Ferrieres, tract. var. ad leg. falcid. part.* 1, *cap. ult. Domat, en ſes loix civiles, titr.* 11, *de l'uſufruit, in princip. Dunod, des preſcriptions, pag.* 211 *&* 212.

Il en eſt autrement à l'égard d'un legs annuel fait à une Communauté, qui eſt regardé comme perpétuel, & doit durer tant que la Communauté ſubſiſte, ſuivant la loi 23, *ff. de annuis legatis*; mais lorſque l'uſufruit a été laiſſé à une perſonne & à ſes héritiers, il ne doit pas paſſer la vie du premier héritier, ſuivant la loi *antiquitas. cod. de uſufructu.*

Et non utendo per modum & tempus.

Le non-uſage qui peut faire perdre l'uſufruit, ne doit pas être de dix années ſeulement, comme dans le droit romain, mais il doit être de trente ans conſécutifs, de même qu'à l'égard de toutes les autres ſervitudes.

Item ſi domino proprietatis ab uſufructuario cedatur, nam cedendo extraneo nihil agitur.

L'uſufruit ne peut pas être proprement cédé à un tiers; mais l'uſufruitier peut céder & tranſporter, vendre ou affermer à une tierce perſonne, la faculté qu'il a de jouir de l'uſufruit, comme il eſt dit dans le §. 1, du titre ſuivant; de façon que cet uſufruit demeure toujours attaché néanmoins à la perſonne de l'uſufruitier, comme étant un droit perſonnel, & qu'il ne s'éteint pas par la mort du ceſſionnaire, mais par celle du véritable uſufruitier. *Vid. Vinnius, hîc.*

Eò ampliùs ſi ædes incendio conſumptæ fuerint, vel terræ motu, vel vitio ſuo, corruerint, extingui uſumfructum, & ne aream quidem uſumfructum deberi.

L'uſufruitier d'une maiſon ou autre édifice eſt tenu d'y faire les menues réparations, c'eſt-à-dire, les réparations viageres & de pur entretien, qui ne concernent pas l'exiſtence perpétuelle de la choſe, ſi ſon titre ne porte le contraire, *nam modica refectio ad eum pertinet*; & quant aux groſſes

réparations, c'eſt-à-dire, celles qui ſont néceſſaires pour l'exiſtence perpétuelle de la propriété, & qui la concernent, elles regardent le propriétaire, *leg.* 7, §. 2, *ff. de uſufructu, & leg.* 7, *cod. eodem.* Cependant ni l'uſufruitier, ni le propriétaire ne ſont pas obligés de refaire les parties de la maiſon qui ſont tombées de vieilleſſe, & tout au plus, ſi le propriétaire les refait, il eſt obligé d'en laiſſer jouir l'uſufruitier. *Dict. leg.* 7, §. 2, *ff. de uſufructu.*

A plus forte raiſon, ni l'un ni l'autre ne ſont pas tenus de rebâtir la maiſon qui s'eſt entiérement ruinée par le feu, ou par quelqu'autre accident, ou qui eſt tombée par vétuſté, puiſqu'au contraire l'uſufruit prend fin par l'extinction entiere de la choſe, comme il eſt dit dans ce texte; & de-là vient que par un arrêt remarqué par *Maynard, liv.* 8, *chap.* 28, une veuve uſufruitiere d'un appartement dans une maiſon qui vient enſuite à ſe brûler entiérement, fut déclarée non-recevable à demander qu'il lui fût permis de continuer d'y habiter pendant ſa vie, en offrant de rembourſer au propriétaire qui l'avoit fait rebâtir, la portion qui pourroit la concerner des frais de la bâtiſſe.

Il en eſt autrement, lorſqu'il ne s'agit pas de l'extinction totale de la choſe dont on a la jouiſſance; car s'il reſte, par exemple, une partie de la maiſon, on y conſerve l'uſufruit, auſſi-bien que ſur le ſol de l'autre partie qui n'exiſte plus, lequel n'eſt regardé que comme un acceſſoire & une dépendance de la portion qui exiſte. *Leg.* 53, *ff. de uſufructu.*

De même l'uſufruit d'un fonds ou d'une terre ne finit pas par l'extinction ou la chûte des arbres, ou de la maiſon qui en faiſoient partie, *leg.* 8, *ff. quibus modis uſusfruct. amitt.* & celui qui a l'uſufruit de la totalité de certains biens, ne le perd pas non plus par l'extinction d'une partie de ces biens. *Leg.* 34, §. *ult. ff. de uſufructu.*

Le changement entier de la choſe fait finir auſſi l'uſufruit, ſoit que ce changement arrive après la mort du teſtateur, ou de ſon vivant; comme ſi dans une aire ou dans un pré dont l'uſufruit avoit été légué, il a été bâti une maiſon; avec cette différence néanmoins que ſi c'eſt le teſtateur qui de ſon vivant ait fait ce bâtiment, le legs de l'uſufruit eſt comme non avenu, inutile, & cenſé révoqué par le changement de volonté du teſtateur; au lieu que ſi ce bâtiment a été fait par l'héritier du teſtateur après ſa mort, il en eſt reſponſable, & tenu aux dommages & intérêts envers l'uſufruitier. *Leg.* 5, §. 3, *ff. quibus modis uſusfruct. amitt.*

Il faut au ſurplus que le changement ſoit entier & abſolu; car l'uſufruit d'un fonds qui étoit un champ, ne s'éteindroit pas par la plantation qui en ſeroit faite en vigne & en jardin, *nec vice verſâ. leg.* 10. §. 4, *ff. eodem.*

TITRE V.

De Usu & Habitatione.

§. 1, *Minus autem juris est in usu, quàm in usufructu.*

C'EST à l'usufruitier de faire les cultures, les frais des menues réparations, & de payer les charges ordinaires & courantes du fonds dont il a l'usufruit; mais il en doit être autrement à l'égard de celui qui n'a qu'un simple usage, & qui loin de percevoir tous les fruits, est borné à n'en prendre qu'une partie pour son usage ou celui de sa famille, ou qui n'occupe qu'un appartement ou quelques chambres dans une maison; s'il s'agit néanmoins d'un usager qui profite de tous les fruits d'un fonds, ou qui occupe avec sa famille une maison en entier, on doit le comparer à un véritable usufruitier, & il est juste par conséquent qu'il supporte les frais des cultures, même des réparations, & les tailles ou autres charges. *Vid. Ranchin & Bornier, verb. ususfructus, art.* 22.

Au reste, *Boutaric* a observé sur ce texte, pag. 181, que par la Jurisprudence des arrêts, l'usufruit légué par un mari, de tous ses biens ou de son hérédité à sa femme, est réduit, lorsqu'il y a des enfans institués héritiers, à un simple usage, s'il faut ainsi parler, c'est-à-dire, au simple entretien de la femme, & à la prééminence dans la maison maritale, ensorte qu'elle est comptable envers ses enfans des fruits de l'hérédité au de-là de ses alimens, s'il ne paroît d'une volonté contraire du testateur; cet Auteur ajoute même avec *Ranchin, verb. ususfructus, art.* 27, qu'on doit juger la même chose à l'égard du mari légataire de l'usufruit des biens de sa femme, le tout en faveur de ses enfans; il n'excepte avec *Catellan, liv.* 2, *chap.* 39, que le cas où la femme auroit été instituée en l'usufruit par le testament de son mari. *Vid. Ranchin & Catellan, dictis locis. Maynard, liv.* 5, *chap. dernier.*

Cette Jurisprudence paroît néanmoins mauvaise; la distinction d'entre le legs de l'usufruit fait à la femme lors même qu'il y a des enfans, d'avec celui qui se trouve fait à toute autre personne, est une de ces distinctions que la prévention a sans doute fait naître, & sur laquelle il est bon de se dessiller; elle est même contraire à la loi 37, & aux autres loix du digeste, *de usu & usufructu legatis*, & est également condamnée par les deux arrêts rapportés par *Albert, verb. usufruit*, à moins qu'il ne paroisse d'une volonté claire & expresse du testateur, de ne laisser à sa femme que les simples alimens & une pure administration, sans énonciation d'usufruit.

C'est ce qui a été remarqué avec raison, ce semble, par l'Auteur des observations sur *Catellan, dicto loco*, où il est dit encore qu'il n'y a point de

différence à faire entre les legs de l'uſufruit, & l'inſtitution en l'uſufruit ; le titre d'inſtitution eſt à la verité plus honorable, mais il n'a rien de plus utile ni de plus abondant que le titre de légat, ce qui paroît dans le cas de la légitime qui doit être laiſſée à titre d'inſtitution, *honoris tantùm cauſâ*, ſans qu'elle en devienne plus grande, ni plus forte.

Et lignis ad uſum quotidianum utatur.

Pluſieurs Communautés de ce Royaume jouiſſent dans les forêts voiſines qui appartiennent au Roi ou aux Seigneurs particuliers, de certains droits d'uſage, pour les pâturages, pour bâtir & réparer, ou pour le chauffage, en vertu des anciennes conceſſions qui leur en ont été faites par les propriétaires ; & c'eſt pour prévenir les dégradations que les habitans pourroient faire, que les réglemens ont voulu, entr'autres choſes, qu'il leur fût aſſigné certaine portion ou cantonnement deſdites forêts, où les uſagers puſſent exercer leur faculté. Il faut avoir à l'égard de ces droits d'uſage, ou facultés, les diverſes régles preſcrites par l'ordonnance des Eaux & Forêts de 1669, titre 19 des droits de pâturage & appanage, & titre 20 des chauffages & uſages des bois tant à bâtir qu'à réparer, le titre 24 des bois appartenant aux Eccléſiaſtiques & gens de Main-morte, & le titre 25 des bois, prés, marais, landes, pâtis, & autres appartenant aux Communautés & habitans des Paroiſſes.

§. 5, *Habitationem habentibus permiſimus non ſolùm in eâ degere, ſed etiam aliis locare.*

Il n'y a qu'une différence de nom parmi nous, du legs de l'uſage, de l'habitation, ou de l'uſufruit d'une maiſon ; & puiſque celui qui en a l'habitation, ne peut la louer & affermer à une tierce perſonne, on ne voit pas trop pourquoi celui à qui on en auroit légué l'uſage, n'en pourroit pas auſſi diſpoſer de la même maniere ; mais on ſe contente de remarquer que celui-là même à qui l'habitation d'une maiſon a été léguée, pour en jouir & y faire ſa continuelle réſidence, peut malgré cette clauſe la bailler à loyer à autrui, ſuivant l'arrêt qu'on lit dans *le Preſtre*, *cent.* 1, *pag.* 81 ; qui eſt auſſi cité par *Deſpeiſſes*, *tom.* 1, *pag.* 581. *n.* 15.

TITRE VI.

TITRE VI.

De Uſcapionibus, & longi temporis Præſcriptionibus.

Conſtitutionem ſuper hoc promulgavimus, &c.

NOUS ne recevons pas en France cette conſtitution de Juſtinien, dont il eſt ici parlé, qui eſt la loi unique au code *de uſucapione transformandâ*, & ſuivant laquelle les biens meubles pouvoient s'acquérir par l'uſucapion de trois années : cette conſtitution eſt abrogée pour ce point, & il faut le même tems pour la preſcription des meubles que pour la preſcription des immeubles. *Catellan, liv. 7, chap. 21.*

On ſuit néanmoins dans preſque tous les pays de coûtume ce qui eſt dit dans cette loi & dans ce titre, au ſujet de l'uſucapion ou preſcription des immeubles par une poſſeſſion de dix ans entre préſens, & vingt ans entre abſens, appellée *longi temporis*, & accompagnée de titre & de bonne foi ; & ce n'eſt que lorſque le titre & la bonne foi manquent, qu'on a recours à la preſcription trenténaire, laquelle devient alors néceſſaire, comme on peut le voir dans les articles 113 & 118 de la coûtume de Paris.

Au contraire, dans les pays de droit écrit on ne peut acquérir les immeubles, non plus que les meubles, que par une preſcription de trente ans, qui eſt appellée en droit, *præſcriptio longiſſimi temporis*, parce qu'on a cru que la novelle 119, *cap.* 7, d'où a été tirée l'authentique *malæ fidei, cod. de præſcrip. decem vel viginti annorum*, exigeoit encore, indépendamment du titre & de la bonne foi du poſſeſſeur, que le véritable propriétaire eût connu le droit qu'il avoit ſur la choſe, ce qui ne ſe préſume jamais ; enſorte qu'on y juge conſtamment qu'il faut toujours trente années pour acquérir par la preſcription les choſes qui de leur nature ſont preſcriptibles, & cette preſcription de trente années qui met fin auſſi à toute ſorte d'actions, fait qu'on ne diſtingue pas non plus ſi le poſſeſſeur a eu un titre, ou s'il n'en a point eu, s'il a poſſédé de bonne foi ou de mauvaiſe foi, ni s'il a été préſent ou abſent ; le tout conformément à la loi *ſicut, cod. de præſcrip. triginta vel quadraginta annorum*, *Ferrieres, in quæſt.* 416 *de Guypap. Bacquet, des droits de Juſt. chap.* 21, *n.* 185 ; *Dunod, traité des preſcript. pag.* 194.

Dans les pays de droit écrit on n'a conſervé l'uſage de la preſcription de dix ou de vingt ans, qu'à l'égard des hypothéques des créanciers, dont il eſt parlé dans le titre du code, *ſi adversùs credit. præſcript. opponatur*, ſuivant lequel tout tiers acquéreur, ſoit à titre onéreux, ſoit à titre lucratif, preſcrit par la poſſeſſion continue & non interrompue de dix ou de vingt ans accompagnée de bonne foi, les hypothéques des créanciers ſur l'immeuble par lui acquis. *Vid. Catellan, liv. 7, chap. 2 & 21.*

Cette même preſcription des actions hypothécaires par dix ou vingt ans a également lieu dans les pays coûtumiers, ſuivant l'article 114 de la coûtume de Paris; mais la Juriſprudence qui s'y obſerve à ce ſujet, eſt différente, en ce que dans les pays coûtumiers la bonne foi du poſſeſſeur, c'eſt-à-dire, ſon ignorance du droit & des hypothéques des créanciers, doit durer pendant les dix ou vingt années entiéres, & que la connoiſſance qui lui en ſurvient dans cet intervalle, de quelque part qu'elle vienne, le conſtitue en mauvaiſe foi, & empêche le cours de la preſcription : au lieu que dans les pays de droit écrit on juge que la bonne foi du poſſeſſeur n'eſt requiſe que dans le commencement & lors du titre qui lui eſt fait, & que la connoiſſance de l'hypothéque, pour le conſtituer en mauvaiſe foi, doit lui venir de la part du créancier lui-même, qui eſt obligé de lui dénoncer ſon hypothéque avant l'acquiſition; car ſi le contrat d'acquiſition eſt déja paſſé, la dénonce du créancier eſt inutile pour empêcher le cours de la preſcription de l'acquéreur, puiſque la mauvaiſe foi qui ſurvient après le contrat ou le titre, ne l'empêche pas, §. 12, *infrà hoc titulo*; de ſorte qu'alors le créancier qui veut interrompre la preſcription, eſt obligé de faire aſſigner l'acquéreur, en déclaration de ſon hypothéque, dans les dix années, de prendre garde que cette inſtance ne périme pas, & de pourſuivre là-deſſus un jugement, qui en déclarant le fonds acquis à lui affecté & hypothéqué; portera en même tems ſon action juſqu'à trente ans, à compter du jour de ce jugement. *Vid. Bacquet, des droits de juſt. chap.* 21. *n.* 186; *Catellan dict. loc.*

Mais on a demandé ſi le tiers acquéreur preſcrit par la poſſeſſion de dix ou vingt ans les hypothéques des créanciers conditionnels, ou des demandeurs en garantie, qui n'ont été évincés que long tems après, & qui n'ont pas agi en déclaration dans les dix années, ou bien s'il faut dans ce cas une poſſeſſion de trente années; & l'on tient que quoiqu'à la vérité l'action ou la garantie perſonnelle contre le débiteur ſubſiſte durant trente ans, néanmoins le tiers acquéreur preſcrit l'action hypothécaire dans tous les cas par une poſſeſſion de dix ou vingt ans, s'il n'y a eu dans les dix années une inſtance formée contre lui en déclaration d'hypothéque. *Loyſeau, du déguerpiſſ. liv.* 3, *chap.* 2, *n.* 17 *&* 18; *Brodeau ſur Louet, lettre P. chapitre* 2.

Cette preſcription de l'hypothéque des créanciers par dix ou vingt ans n'a lieu qu'en faveur des tiers acquéreurs ou détenteurs; car ſi les biens hypothéqués au créancier n'avoient pas été aliénés par le débiteur, on comprend aſſez que ce débiteur ni ſes héritiers ne pourroient pas preſcrire l'hypothéque, non plus que l'action perſonnelle du créancier contr'eux, que par trente années; & l'on juge même dans les pays coûtumiers que l'action hypothécaire ſe trouvant ainſi jointe à l'action perſonnelle dure quarante années, conformément à la loi *cùm notiſſimi. cod. de præſcrip. triginta vel quadraginta annorum*, laquelle néanmoins n'a jamais été obſervée dans le pays de droit écrit

Vid. Maynard, liv. 6 chap. 31 ; Louet & Brodeau, lettre H. chap. 3 ; Henrys, tom. 1, liv. 4, queſt. 75, de l'édition de 1708.

Il faut encore pour donner lieu à la preſcription de dix ou vingt ans en faveur des tiers acquéreurs à titre lucratif, qu'ils ſoient ſimplement acquéreurs d'un effet particulier du débiteur; car s'ils étoient, par exemple, donataires d'une quote des biens du débiteur, comme de la moitié, du tiers, ou de la totalité, il ne pourroient pas oppoſer cette preſcription, étant perſonnellement obligés & tenus comme des ſucceſſeurs au *pro-rata* de leur part de l'hérédité au payement des dettes. *Vid. Catellan liv. 7, chap. 2, & Vedel, ibid.*

Il faut également que le tiers acquéreur ait joui & poſſédé par lui ou par ſes gens, pour pouvoir oppoſer cette preſcription des hypothéques; car ſi le maître, c'eſt-à-dire, le débiteur, avoit continué de reſter en poſſeſſion du fonds hypothéqué, ſoit par lui-même, ou par ſes gens, ou à titre de louage, de retention d'uſufruit, ou autrement, le créancier pourroit à bon droit dire qu'il a eu juſte ſujet d'ignorer l'aliénation, & repouſſer le tiers acquéreur qui n'auroit pas joui & poſſédé, d'autant mieux qu'il ne peut même y avoir jamais de preſcription ſans poſſeſſion, Voyez *la loi 1, cod. ſi adverſ. credit. & l'art. 115, de la coût. de Paris. Maynard, livre 7, chapitre 61.*

Ce n'eſt pas encore aſſez que le tiers détenteur ait poſſédé pendant dix ou vingts ans le fonds hypothéqué, il faut qu'il l'ait poſſédé comme maître, avec un titre tranſlatif de propriété; & de-là vient qu'un engagiſte ne preſcrit pas par ce laps de tems les hypothéques des créanciers antérieurs à lui ſur le fonds engagé, leſquels peuvent toujours agir ſur le fonds détenu par l'engagiſte, tandis que leur action n'eſt pas preſcrite contre leur débiteur, propriétaire dudit fonds. *Catellan, liv. 7, chap. 23.*

Mais il n'en eſt pas de même d'un acquéreur à pacte ou faculté de rachat; car il preſcrit les hypothéques des créanciers du vendeur par une jouiſſance paiſible de dix année, parce que *ſibi poſſidet*, & que ſon achat eſt parfait, quoiqu'il puiſſe être réſolu par le rachat. *Leg. 2, §. 1, ff. de in diem addictione.*

Du reſte, l'abſence qui fait doubler ou porter à vingt ans le tems de la preſcription hypothécaire, ne s'entend pas d'une abſence en différentes Sénéchauſſées, ni même hors du reſſort d'un même Parlement, quoique *Duval, inſtit. pag. 297*, & *Boutaric* ſur ce titre, *pag. 186 & 187*, ſoient de ce ſentiment, & quoiqu'on le juge ainſi en effet dans les pays coûtumiers, conformément à l'article 116 de la coûtume de Paris; elle s'entend au contraire par la Juriſprudence du Parlement de Toulouſe, d'une abſence du créancier hors du Royaume, & d'un abſence même, *Reipublicæ cauſâ*, pour le ſervice du Roi ou de l'Etat, n'y ayant que ces abſens qui méritent d'être favoriſés, parce que dans toute autre abſence on peut imputer à l'abſent de

n'avoir pas laiſſé un Procureur ou autre perſonne pour agir à ſa place, & veiller à ſes intérêts: ainſi dix années ſuffiſent, ſuivant la Juriſprudence dudit Parlement, à l'égard de tous ceux qui ſont dans le Royaume, conformément à l'arrêt qu'on lit dans *Albert*, *verb. preſcription*, *art.* 4; ce qui paroît s'accorder avec l'article 14 du titre de l'exécution des jugemens de l'ordonnance de 1667; je l'ai fait ainſi juger en l'année 1731 en faveur du ſieur Baron de Ferruſſac, par un jugement de MM. des Requêtes du palais à Toulouſe, dont il n'y eut point d'appel; je l'ai vu atteſter de meme par une conſultation de trois fameux Avocats, & par un certificat de MM. les Gens du Roi au Parlement de Toulouſe; je ne voudrois pas certifier néanmoins que la Juriſprudence ne pût venir à changer ſur cet article; je joins cependant ici la teneur de cette conſultation & de ce certificat.

„ Les ſouſſignés qui ont vu le Mémoire à eux remis par la Dame Dequoi „ de Sarret contre les créanciers du ſieur Sartre, eſtiment que la preſcrip- „ tion de l'hypothéque par le tiers détenteur dans dix ans entre préſens, & „ de vingt ans entre abſens, qui eſt établie par les loix premiere & derniere, „ *cod. ſi adversùs creditorem*, eſt reçue au Parlement de Toulouſe; mais „ par abſens on n'y entende que ceux qui ſont hors du Royaume, & dix „ ans ſuffiſent à l'égard de tous ceux qui ſont dans le Royaume, bien qu'en „ différentes Provinces & Reſſorts de différens Parlemens, c'eſt une Juriſpru- „ dence inconteſtable. Délibéré à Toulouſe le 10 juillet 1733. *Aſtruc*, „ *Quinquiry*, *de la Tour*, Signés. „

„ Nous Joſeph le Mazuyer & Jacques Saget, Conſeillers du Roi en ſes „ Conſeils, ſes Procureur & Avocat généraux au Parlement de Toulouſe, „ certifions à tous ceux qu'il appartiendra, que ſuivant la Juriſprudence du- „ dit Parlement de Toulouſe, la preſcription de l'action hypothécaire s'ac- „ quiert dans dix ans par le tiers poſſeſſeur, même contre les abſens, s'ils „ ne ſont hors le Royaume pour le ſervice du Roi ou de la République, „ & que cette preſcription a pareillement lieu contre les femmes qui ſont „ valablement ſéparées en biens de leurs maris, ſi elles ne ſont point de di- „ ligence à raiſon de leur dot contre le tiers poſſeſſeur dans les dix ans de „ la ſéparation. En témoin de quoi nous avons fait le préſent certificat, de „ nous ſigné, contreſigné par l'un de nos Secrétaires, & ſcellé du ſceau du „ Parquet. A Toulouſe le 24 Juillet 1734. *Le Mazuyer*, *Saget*, Signés; & „ plus bas, *Rigal*, ſigné. „

Au ſurplus, lorſque le créancier a été en partie préſent, & en partie abſent, on ne fait que doubler ſeulement le tems pendant lequel il a été abſent; enſorte que s'il n'a été, par exemple, préſent que durant ſix ans, au lieu de quatre qui reſtent pour aller à dix, il en faudra huit pour achever

la

la preſcription. *Novella* 119, *cap.* 8, *authent. quòd ſi quibuſdam*, & *leg. ultim. cod. de præſcript. long. temp.*

§. 1, *Aliquando uſucapio nullo tempore procedit, veluti ſi quis rem ſacram vel religioſam poſſideat.*

Il eſt généralement reçu que les choſes ſaintes & ſacrées ne peuvent être preſcrites par aucun tems, parce qu'elles ne tombent point dans le commerce, & ne ſont pas ſuſceptibles d'aliénation, comme les bâtimens des Egliſes, & les cimetières; & il en eſt de même des choſes publiques, comme les places des Villes, les rues & les chemins deſtinés à l'uſage du public : *Vid. Bacquet, du droit de deshérence, chap.* 7, *n.* 3 : mais il en eſt autrement à l'égard des biens eccléſiaſtiques, ou qui appartiennent aux Egliſes; car ces biens peuvent être preſcrits, non pas à la vérité par une poſſeſſion de trente, mais de quarante années, ſuivant l'authentique, *quas actiones, cod. de Sacroſanct. eccleſ.* obſervée dans tout le Royaume; on juge même aujourd'hui que quand on auroit poſſédé de mauvaiſe foi, ou avec un titre vicieux & non revêtu de formalités, le terme de quarante années ſans interruption, ſuffiroit pour preſcrire contre l'Egliſe. *Graverol ſur la Roche, liv.* 1, *titr.* 10; *Cambolas, liv.* 2, *chap.* 6; *Catellan, livre* 1, *chapitre* 35.

Or cette preſcription de quarante années contre l'Egliſe ne commence pas à courir du jour du contrat nuiſible à l'Egliſe, ou de l'uſurpation; mais ſeulement du jour de la mort de l'Eccléſiaſtique ou Bénéficier qui a mal aliéné, ou qui a laiſſé uſurper le bien de l'Egliſe, & pendant la vie duquel la preſcription a commencé, cette preſcription commencée de ſon vivant étant regardée comme une aliénation de ſa part. *Catellan, dict. loc. Boutaric, inſt. pag.* 189; *Dunod, de l'aliénation des biens de l'Egliſe, pag.* 28.

A compter donc du jour de cette mort les biens de l'Egliſe ſont preſcriptibles toujours par quarante ans, à quelque titre qu'ils fuſſent parvenus à l'Egliſe, & de quelque eſpece qu'ils ſoient, quand même il s'agiroit d'un fonds légué à la charge d'un ſervice, ou pour ſervir de nourriture & entretien d'un Prêtre chargé de faire un ſervice établi par une fondation, quoique *Catellan* au lieu cité rapporte un arrêt contraire. *Vid. Graverol ſur la Roche, liv.* 6, *titr.* 72, *art.* 2; *Albert, verb. penſion, art.* 6.

Mais on ne reconnoît contre l'Egliſe ou la cauſe pie, d'autre preſcription que celle de quarante ans, en aucun cas; ainſi la preſcription trenténaire eſt toujours de quarante ans, ou ſe proroge à ce terme, quand on l'oppoſe à l'Egliſe, bien qu'elle ne faſſe que ſuccéder à un particulier contre qui elle auroit déjà commencé de courir, *Catellan, liv.* 1, *chap.* 9; & il en eſt de même de la preſcription de l'hypothéque par dix années; enſorte qu'il faut toujous ajouter en faveur de l'Egliſe dix années à la preſcription trenténaire, & trente années à celle de l'action hypothécaire. *Catellan, ibid.*

La choſe n'eſt pas réciproque ; car quoiqu'on ne puiſſe preſcrire contre l'Egliſe que par quarante ans, néanmoins elle jouit elle-même contre les particuliers des preſcriptions ordinaires de dix ou vingt ans, & de trente ans, parce que le privilége n'a été accordé qu'en ſa faveur, & non à ſon préjudice. *Vid. Goard, traité des bénéfices, tom 2, pag. 277.*

Au ſurplus, quoique les biens qui ſont en propriété à l'Egliſe, à quelque titre qu'il lui appartiennent, même à la charge d'un ſervice ou fondation, puiſſent être preſcrits par quarante ans, comme nous l'avons dit, on a cependant attaché le privilége de l'impreſcriptibilité aux rentes établies en faveur de l'Egliſe pour ſervice divin, obits, ou fondations, ſur les biens des particuliers : ainſi ſi un homme a donné des biens à l'Egliſe, même pour une fondation ils ſeront ſujets à la preſcription quaranténaire ; mais ſi ſans donner ſes biens, il les a chargés ſeulement d'une rente obituaire au profit de l'Egliſe, cette rente devient impreſcriptible de quelque façon qu'elle ait été établie, ſoit par contrat, ou par teſtament, & tant pour l'action perſonnelle que pour l'action hypothécaire, c'eſt-a-dire, que les héritiers de celui qui a établi la rente obituaire ſur ſes biens, pourront être toujours attaqués perſonnellement pour le payement de cette rente, quelque long-tems qu'ils aient reſté ſans la payer, & que les tiers poſſeſſeurs ou acquéreurs des biens ſujets à ladite rente, pourront être auſſi, nonobſtant tous laps de tems, attaqués hypothécairement pour le payement, condamnés les uns & les autres de la payer à l'avenir.

Bien plus, l'Egliſe pour ces rentes obituaires ou de fondation a la liberté de s'en prendre aux acquéreurs des biens, ſans être tenue de diſcuter préalablement les héritiers des fondateurs, & de s'en prendre même à un ſeul des héritiers ou acquéreurs ſolidairement & ſans diviſion, ſauf à celui-ci ſon recours contre les autres.

Le privilége de ces rentes obituaires comparés aux rentes foncières & féodales, a pareillement lieu pour les arrérages qu'on en adjuge depuis vingt-neuf années avant l'introduction de l'inſtance ; cependant les derniers arrêts ont trouvé juſte de diſtinguer ſi c'eſt aux héritiers même du fondateur que ces arrérages ſont démandés, ou bien à de tiers poſſeſſeurs qui aient acquis de bonne foi, & qui n'aient pas eu connoiſſance de la rente, comme n'ayant jamais été demandée depuis long-tems : car à l'égard de ceux-ci il eſt certain qu'on ne les condamne aux arrérages que depuis l'inſtance ; ce qui a été ainſi jugé par pluſieurs arrêts, & entr'autres par un arrêt du 10 mai 1732 en la cauſe de Me. du Fournel, Prêtre obituaire : Voyez ſur ce que deſſus, *Dolive, liv. 1, chap. 6 ; Catellan & Vedel, liv. 1, chap. 7.*

Lors même que l'on condamne aux arrérages de la rente obituaire depuis vingt-neuf ans avant l'inſtance, ſi l'obit n'a pas été deſſervi, cette condamnation ne va pas au profit du nouveau Chapelain, mais on l'applique à une

augmentation de ſervice, ou à l'ornement des autels, &c. *Dolive*, *Catellan & Vedel*, *ibid.*

Au reſte, il faut remarquer qu'aujourd'hui, depuis l'édit du mois d'août 1749, il ne peut être baillé ou aſſigné pour l'établiſſement des fondations aucunes rentes ni droits réels ſur les biens particuliers des fondateurs; mais qu'ils peuvent ſeulement bailler à l'Egliſe ou Gens de Main-morte pour cela des rentes conſtituées ſur le Roi, ſur le Clergé, ou ſur les Dioceſes, Pays d'Etat, Villes, ou Communautés. Voyez là-deſſus *les articles* 3 *&* 19 *dudit édit.*

Il faut prendre garde que quoique l'Egliſe jouiſſe du privilége de la préſcription de quarante années, les Eccléſiaſtiques néanmoins, ou les Bénéficiers pour les rentes ou revenus qu'ils retirent de l'Egliſe ou de leurs bénéfices, ſont ſoumis à la preſcription ordinaire de trente ans; d'où vient que les arrérages même des rentes obituaires ne leur ſont adjugés que depuis vingt-neuf années, comme, nous l'avons dit; & à plus forte raiſon ils ne jouiſſent d'aucun privilége par deſſus les Laïques en matiere de preſcription, pour les biens qui leur ſont propres & de leur patrimoine. *Vid. Maynard, liv.* 6, *chap.* 30 *&* 31; *Bacquet, du droit de deshérence, chapitre* 7, *n.* 21 *&* 22.

§. 2, 3, 4, 5 & 6.

Parmi nous les choſes volées, ou uſurpées, & dont la poſſeſſion a été priſe par force, ne ſont point impreſcriptibles, elles ſont ſoumiſes du moins à la preſcription de trente ans qui couvre tout; ainſi ce qui eſt dit dans ces paragraphes de l'uſucapion de dix ou vingt ans, à l'égard des choſes volées ou enlevées, eſt inutile dans notre uſage.

§. 7, *Tamen ſi alii bonâ fide accipienti tradiderit, &c.*

Dans les pays coûtumiers celui qui s'empare d'un fonds d'autrui, & qui ne lui appartient pas, a beſoin, pour pouvoir preſcrire, de la poſſeſſion trenténaire, tout comme dans les pays de droit écrit; mais s'il aliéne ce fonds, l'acquéreur de bonne foi n'aura beſoin que de la poſſeſſion de dix ou vingt ans pour le preſcrire: au lieu qu'en pays de droit écrit cet acquéreur aura également beſoin de la poſſeſſion trenténaire, la preſcription de la propriété par dix ou vingt ans y ayant été rejettée, comme il a été dit.

§. 9. *Res Fiſci noſtri uſucapi non poteſt.*

Le domaine de la Couronne, c'eſt-à-dire, les Terres Seigneuries, cenſives, & autres choſes ſemblables qui appartiennent au Prince, ſont impreſcriptibles; & il faut dire à plus forte raiſon la même choſe des droits qui ſont eſſentiellement attachés à la ſouveraineté, comme de donner des lettres de grace, de légitimer les bâtards, &c.

Mais il n'en eſt pas de même des biens échus au Roi par confiſcation,

droit d'aubaine, bâtardiſe, deshérence, ou autrement ; car nous obſervons en France que pourvu que ces biens n'aient pas encore été unis ou incorporés au domaine, ils peuvent être preſcrits par trente ans, de même que les lods & autres droits caſuels qui ſont dûs au Roi à raiſon des fiefs ou ſeigneuries mouvantes de la couronne ; & cette union ou incorporation qui fait prendre auſdits biens la nature & la qualité des biens du domaine, ſe fait ou par des lettres patentes expreſſes dûement enrégiſtrées, ou tacitement, lorſque les Receveurs du domaine en ont fait la recette & compté pendant dix années à la Chambre des Comptes. *Vid. le Bret, traité de la ſouveraineté, liv. 3, chap. 2 ; Bacquet, du droit de deshérence, chap. 7 ; Ferrieres, in quæſt. 416 de Guypap.*

§. 12, *Diutina poſſeſſio quæ prodeſſe cœperat defuncto, continuatur ; inter emptorem quoque & venditorem tempora conjunguntur.*

En matiere de preſcriptions, & pour les rendre complettes, on peut joindre les tems, c'eſt-à-dire, joindre à ſa poſſeſſion celle de ſon auteur, à quelque titre qu'on lui ait ſuccédé ; & c'eſt ce qu'on appelle acceſſion, parce qu'on fait accéder un tems à l'autre pour former la preſcription. *Leg. 76, §. 1, ff. de contrah. emptione. Catellan, liv. 7, chap. 10.*

§. 13, *Conſtitutio Zenonis benè proſpexit iis qui à Fiſco per venditionem vel alium titulum accipiunt aliquid, ut quidem ſecuri ſtatim fiant.*

La diſpoſition de ce paragraphe, comme contraire à l'équité, n'eſt pas obſervée en France, & ne l'a jamais été ; car celui qui auroit acquis du Fiſc des biens non appartenans au Fiſc, pourroit être pourſuivi par le véritable maître qui les réclameroit, tout comme s'ils les avoit acquis d'un particulier ; le droit d'autrui eſt même toujours excepté en entier dans toutes les conceſſions ou titres que le Roi fait. *Vid. Bacquet, du droit de deshérence, chap. 7, n. 20 ; Duval, inſtit. pag. 296.*

Avant de finir ce titre, nous pouvons faire quelqu'autres obſervations ſur la matiere des preſcriptions.

D'abord, indépendamment des preſcriptions de dix ou vingt ans, de trente & de quarante ans, dont nous avons parlé, il y a encore celle qu'on appelle immémoriale, & qui eſt néceſſaire, par exemple, pour acquérir les ſervitudes diſcontinues ; on confond ordinairement la poſſeſſion ou preſcription immémoriale avec la centénaire, quoiqu'il y ait, ce ſemble, entr'elles quelque différence ; & pour faire la preuve de la preuve immémoriale ou centénaire par témoins, il faut des témoins qui dépoſent avoir vu & avoir oui dire à leurs auteurs, que telle choſe avoit toujours été ainſi ; ces témoins doivent dépoſer d'avoir vu eux-mêmes depuis quarante ans, & doivent par conſéquent être âgés d'environ cinquante-quatre ans.

Il

Il y a quelqu'autres eſpeces de preſcriptions introduites par les ordonnances de nos Rois, & notamment par l'ordonnance du commerce de 1673, car d'un côté, par l'article 21 du titre 5, elle veut que les lettres & billets de change ſoient réputés acquités après cinq années de ceſſation de demande & de pourſuite à la charge pourtant par les prétendus débiteurs d'affirmer par ſerment qu'ils ne ſont plus redevables, & leurs veuves ou héritiers qu'ils eſtiment de bonne foi n'être plus rien dû; & d'un autre côté, par les articles, 7, 8, 9 & 10 du titre premier, elle veut que les Marchands en gros & en détail, les Maçons, Charpentiers, & autres de pareille qualité, ſoient tenus de former leur demande en payement dans l'année après la délivrance, & les Boulangers, Pâtiſſiers, Bouchers, Couturiers, & autres ſemblables, dans les ſix mois, encore même qu'il y eût continuation de fournitures ou d'ouvrage, ſi ce n'eſt qu'avant l'année ou les *ſix mois il y eût un* compte arrêté ou interpellation judiciaire; le tout néanmoins, ſauf le ſerment dont il a été déja parlé, & ce réglement concernant ladite preſcription d'un an ou de ſix mois, a été renouvellé par un arrêt du Parlement de Toulouſe du 11 ſeptembre 1731: cependant cette preſcription annale ou de ſix mois n'étant fondée, de même que celle de cinq années pour les lettres de change, que ſur une ſimple préſomption de payement, qui peut quelquefois ceſſer, ſuivant les circonſtances; il ſemble que les Juges ne ſont pas toujours aſtraints de s'y conformer. *Vid. Maynard, liv. 6, chap. 8; Catellan, liv. 7, chap. 25.*

Il faut encore ſavoir que la preſcription de trente ans court contre toute ſorte de perſonnes, femmes, mineurs, ſoldats, abſens & ignorans; les loix n'en ont excepté que les pupilles, contre leſquels elle ne court pas, & dort tandis qu'ils ſont en pupillarité; ce qui a été même étendu par les arrêts aux furieux & aux imbécilles, contre leſquels elle ne court pas à cauſe de leur état. *Vid. leg. ſicut, cod de præſcript. triginta vel quadraginta annorum. Catellan, liv. 7, chap. 13.*

Mais quoique la preſcription trenténaire coure contre les mineurs, ils peuvent néanmoins être reſtitués envers le tems qui a couru ſur leur tête durant leur minorité, lorſqu'ils demandent cette reſtitution avant la trente-cinquiéme année complette de leur âge; & s'il eſt queſtion d'une preſcription trenténaire, qui ait commencé de courir contre un majeur, auquel le mineur ait ſuccédé, le mineur en ce cas n'a après ſa majorité accomplie qu'autant de tems qu'il en manquoit contre le majeur ſon auteur; ainſi ſi le mineur laiſſe écouler après ſa majorité le tems qui manquoit pour parfaire la preſcription, quoique dans l'intervalle de vingt-cinq aux trente ans, il n'y a pas de reſtitution pour lui, parce que les tems ſe joignent, & que la preſcription ſe trouve parfaite. *Vid. Catellan, liv. 7, chap. 10, in princip. & chap. 20.*

Du reſte, les preſcriptions moindres de trente ans, comme, par exemple,

celle de l'action hypothécaire par dix ou vingt ans ne courent pas contre les mineurs, ils n'ont pas même besoin à cet égard de prendre des lettres en restitution. *Leg. ult. cod. quibus caus. in integrum restit. non est necess. Catellan, liv. 7, chap.* 20.

Il faut prendre garde de plus que l'engagiste, le fermier, le dépositaire, ne prescrivent jamais la propriété, *quia non sibi, sed domino possident*; mais ceux qui auroient acheté d'eux, pourroient prescrire par une possession paisible de trente ans, parce qu'ils auroient joui *suo nomine.*

On dit en maxime que nul ne peut prescrire contre son titre, c'est-à-dire, qu'on ne peut de soi, *& nullâ intrinsecùs accedente causâ, sibi mutare causam possessionis*: ainsi le fermier, l'usufruitier, l'engagiste, le sequestre, ne peuvent prescrire par aucune possession, parce qu'elle seroit contraire à leur titre; mais quand la possession, sans changer la qualité du titre, ne change que ce qui est accidentel, alors elle opére la prescription; comme, par exemple, on peut prescrire contre la convention de ne payer une rente qu'en certain lieu, ou en certain tems, ou en certaines choses, comme aussi contre les servitudes réservées dans un contrat de vente, le prix de l'achat contre le vendeur, &c; & l'on peut prescrire également outre & au-delà de ce que le titre donne, ainsi que je l'ai déja remarqué à la fin du titre des servitudes.

Enfin, il faut savoir que les crimes demeurent prescrits & éteints par le laps de vingt ans, à compter du jour qu'ils ont été commis, suivant la loi *querela, cod. ad. leg. Cornel. de falsis*, non seulement à l'accusation criminelle, mais encore quant à la réparation civile & dommages & intérêts, quoique durant les vingt ans il y eût informations, décret, ou autres procédures, car elles n'interrompent pas ladite prescription, *Brodeau sur Louet, lettre C. chap.* 47; *Catellan, liv* 7, *chap.* 1, il n'y a que l'exécution figurative de la sentence de contumace rendu contre le criminel, qui proroge l'action jusqu'à trente ans. *Catellan. dict. loc.*

TITRE VII.

De Donationibus.

§. 1, *Mortis causâ donatio est, quæ propter mortis fit suspicionem.*

C'EST la crainte ou la pensée de la mort qui distingue la donation à cause de mort de la donation entre-vifs; la premiere a pour objet le tems de la mort; mais la seconde est absolue, & ne contient aucune réserve de reprise, quand même le donateur ne viendroit pas à mourir de longtems: de-là vient que dans le pays de droit écrit on peut donner entre-vifs & absolument à l'article même de la mort, suivant la loi 42, *ff. de dona-*

tionibus mortis causâ, & que pour regarder & pour faire valoir une donation comme donation entre-vifs, il ſuffit qu'elle ſoit qualifiée telle dans l'acte, ou que du moins le donateur n'ait pas déclaré qu'il entendoit faire une donation à cauſe de mort ; au lieu que dans les pays coûtumiers une donation, quoique qualifiée entre-vifs, eſt nulle & regardée comme frauduleuſe, dès qu'on peut conjecturer par l'état du donateur atteint d'une maladie dont il décéde, qu'il l'a faite dans l'appréhenſion d'une mort prochaine ; la raiſon de cela eſt priſe de ce qu'en pays de coûtume il n'eſt permis de diſpoſer par teſtament ou ordonnance de derniere volonté que d'une partie de ſes biens propres, le ſurplus appartenant aux ſucceſſeurs légitimes, & qu'il ſeroit à craindre qu'on cherchât à les en fruſtrer par des donations faites au qualifiées entre-vifs quoiqu'à l'extrémité de la vie ; tandis qu'au contraire dans les pays de droit écrit l'on peut y diſpoſer de tous ſes biens au profit de qui l'on veut, tant par diſpoſition de derniere volonté, que par donation entre-vifs.

L'article 277 de la coûtume de Paris, cité par *Boutarie* en cet endroit, qui vouloit que ces donations ainſi faites entre-vifs, quoiqu'à l'extrémité de la vie, ne valuſſent que comme des diſpoſitions à cauſe de mort, à concurrence des biens dont il eſt permis par la coûtume de diſpoſer en mourant, a été même changé par l'article 4 de l'ordonnance concernant les donations du mois de février 1731, Sa Majeſté ayant voulu que ces donations ne vaillent pas même comme des diſpoſitions à cauſe de mort, puiſqu'elles ne peuvent pas valoir comme donations entre-vifs ; parce qu'en effet dans les bonnes régles tout acte doit être parfait & légitime en la forme en laquelle il eſt fait, ſans pouvoir être converti en une autre eſpece d'acte : ſur quoi, *Vid. Richard*, *tom.* 1, *part.* 1, *chap.* 5, *ſect.* 9.

Il eſt vrai que nous admettons dans les pays de droit écrit deux eſpeces de donations entre-vifs, qui ne valent néanmoins qu'autant que le donateur ne les a pas révoquées avant ſa mort, & auſquelles ladite ordonnance de 1731, en l'article 46, a déclaré ne rien innover ; la premiere celle qui eſt faite par un mari à ſa femme, ou par une femme à ſon mari, *conſtante matrimonio* ; & la ſeconde eſpece conſiſte aux donations qui ſont faites par un pere à un enfant qu'il a ſous ſa puiſſance, dont il eſt parlé dans la loi 25, *cod. de donat. inter vir. & uxor.* autrement toutefois qu'en contrat de mariage ; mais quoique ces donations ne vaillent que lorſqu'elles ont été confirmées par le prédécès du donateur, attendu qu'il lui eſt libre de les révoquer, pendant tout le tems qu'il vit, ſoit expreſſément, ſoit tacitement, en aliénant ou hypothéquant les biens donnés, il eſt certain pourtant que lorſqu'elles n'ont pas été révoquées, elle ſubſiſtent & valent comme des vraies donations entre-vifs, & avec deux témoins ſeulement, & elles ont même un effet rétroactif au jour qu'elles ont été faites, du moins quant aux fruits que le donataire a perçu, & qu'il n'eſt pas tenu de rendre, ni

d'imputer ou de rapporter, quoique du reſte cet effet rétroactif n'ait pas lieu quant à la propriété des biens donnés, à l'effet de faire valoir ces donations contre les créanciers du donateur, ou contre les tiers acquéreurs deſdits biens donnés. *Vid. Cambolas, liv. 5, chap. 6.*

Je n'ai parlé que des donations faites par un pere à un enfant qu'il a ſous ſa puiſſance, autrement que par contrat de mariage, parce que les donations, de même que les inſtitutions ou promeſſes d'inſtituer, qui ſont faites par un pere à ſon enfant, quoique non émancipé, en faveur & en vûe de mariage, & par le contrat même de mariage, ou par un acte fait *incontinenti*, & qui en faſſe partie; ſont valables & entiérement irrévocables. *Maynard, livre 5, chapitre 90; Fernand, de filiis natis ex matrim. part. 6, n. 9 & 10.*

Il faut ſuppoſer néanmoins que le mariage s'en ſoit ſuivi; car autrement le mariage ne s'enſuivant pas, ces donations, dots, ou inſtitutions, pourroient être révoquées, ou diminuées, & ébréchées par le pere, étant regardées comme des ſimples donations à cauſe de mort; mais ſi elles étoient faites par un pere à ſon enfant émancipé & hors de ſa puiſſance, alors quoique le mariage ne s'enſuivît pas, le pere ne pourroit ni les révoquer, ni les diminuer; la qualité du pere & du fils faiſant préſumer qu'il n'a pas eu ſimplement en vûe le mariage dont on avoit traité, mais même tous les autres établiſſemens à venir de ſon enfant. *Vid. Dolive, livre 3, chapitre 30.*

On décide la même choſe des donations, dots, ou inſtitutions faites par une mere dans le contrat de mariage de ſon enfant, c'eſt-à-dire, qu'elles ſont bonnes & irrévocables, quoique le mariage n'ait pas été accompli & célébré, d'autant que la mere qui n'a pas les enfans en ſa puiſſance, ne peut pas être regardée pourtant comme une perſonne étrangere. *Dolive, ibid.*

Mais lorſqu'il eſt queſtion d'une donation ou inſtitution faite par un tiers, ſoit collatéral, ou étranger, dans le contrat de mariage du garçon ou de la fille qui ſe marie, elle eſt nulle ſans difficulté, & de nul effet, par le défaut d'accompliſſement du mariage, comme n'étant cenſée faite que ſous la condition, *ſi nuptiæ ſequantur*, à moins qu'il ne parût d'une volonté abſolue de donner, indépendamment du mariage. *Leg. ſi extraneus 6, ff. de condict. cauſâ datâ, cauſ. non ſecut. Dolive, dict. loc.*

Il y a un arrêt du Parlement de Toulouſe du 5 mai 1747, rendu, au rapport de M. de Coudougnan, en la cauſe du ſieur Paul, tuteur de la demoiſelle Marraſt, qui a jugé, conformément à la doctrine de *Dolive, au lieu cité*, & contre l'avis de *Furgole en ſa queſtion 23 ſur les donations*, qu'une donation faite par une mere en faveur de mariage étoit bonne, & n'avoit pu être révoquée, quoique le mariage ne s'en fût pas enſuivi.

Il y a un autre arrêt du 18 juillet 1701, au rapport de M. de Palarin, en

en la cauſe d'Anne Paſchal, veuve du ſieur Bord, & Jean Simon, marchand d'Aiguemortes, qui annulla la donation entre-vifs faite par ladite Paſchal audit Simon qu'elle avoit fiancé le lendemain de cette donation, le mariage n'ayant pu être accompli, à cauſe de la mort de ladite Paſchal; parce qu'on jugea que cette donation, quoiqu'elle eût été cauſée pour ſervices, étoit néanmoins à cauſe de nôces, leſquelles n'ayant pas ſuivi, elle étoit de nul effet.

Toutes les donations entre-vifs, du moins à l'exception de celles qui ſont faites entre mari & femme, ou par le pere à ſon fils non émancipé, leſquelles par l'article 46 de l'ordonnance 1731 ſont exceptées des diſpoſitions que cette ordonnance renferme, doivent être paſſées par acte public & pardevant Notaire avec deux témoins, & non en cede volante; car il en doit reſter minute chez le Notaire, à peine de nullité, ſuivant l'article premier de la même ordonnance; ce qui ne s'applique pas néanmoins aux préſens manuels d'une ſomme, ou de quelque effet mobilier, accompagnés de tradition réelle: & quant aux donations à cauſe de mort, il eſt également certain qu'elle doivent ſe faire par acte public, & avec le nombre de cinq témoins requis par la loi derniere, *cod. de mortis cauſ. donationibus*, du moins dans les pays de droit écrit, parce que les diſpoſitions de derniere volonté par écriture privée n'y ſont valables tout au plus qu'à l'égard des enfans & deſcendans, ſuivant l'ordonnance des teſtamens du mois d'août 1735, art. 16. & 18.

Du reſte, les donations à cauſe de mort ſont en tout ſemblables & égalées aux légats, comme il eſt dit dans ce paragraphe, ce qui eſt même conforme à l'article 3 de l'ordonnance de 1731; c'eſt pourquoi malgré ce qui eſt dit dans la loi 38 *ff. de mortis cauſ. donationib.* on juge qu'elles ſont valables, ſans acceptation de la part du donataire, & ſans qu'il y ait été préſent; ce qui rend inutile aujourd'hui de ſavoir que l'acceptation du Notaire ſuppléoit même ci-devant au défaut de celle du donataire à cauſe de mort, abſent, & qu'en défaut d'acceptation de l'un & de l'autre la donation ſubſiſtoit même comme fidéicommis, ainſi qu'on l'apprend dans *Maynard, liv. 7, chap. 89; Ferrieres, in quæſt. 222 de Guypap. Catellan, liv. 2, chap. 40; & Albert, verb. donation, art. 6.*

§. 2, *Aliæ ſunt donationes quæ inter vivos appellamus, quæ, ſi perfectæ fuerint, temerè revocari non poſſunt.*

Pour la perfection & la validité des donations entre-vifs, l'acceptation y eſt abſolument néceſſaire de la part du donataire, ſuivant l'ordonnance de 1539, art. 132 & 133, la déclaration d'Henri II. de 1549, & plus préciſément encore, ſuivant l'article 5 de l'ordonnance du mois de février 1731 concernant les donations; enſorte qu'une donation entre-vifs ne peut avoir aucun effet que du jour qu'elle a été acceptée; la déclaration de 1549 per-

met seulement d'accepter les donations, même après coup & en l'absence du donateur, pourvu que ce soit de son vivant, par un acte public & que l'acte de donation soit inséré dans celui par lequel on accepte.

Le donataire doit accepter la donation, ou par lui-même s'il est présent, ou par son Procureur fondé de procuration spéciale ou générale, laquelle doit demeurer annéxée à la minute de la donation; il est défendu aux Notaires d'accepter les donations comme stipulans pour les donataires absens, à peine de nullité desdites stipulations; & lorsque la donation a été acceptée par une personne qui a déclaré se porter fort pour le donataire absent, elle ne peut même avoir effet que du jour de la ratification expresse que le donataire en aura fait par une acte public; en un mot, jusqu'à ladite acceptation ou ratification la donation est de nul effet, à l'égard même du donateur, qui peut la révoquer, s'il le veut; le tout suivant l'article 5 de l'ordonnance de 1731; parce que les donations entre-vifs sont regardées en quelque façon comme des contrats finallagmatiques, qui exigent un consentement réciproque, & ne peuvent sans cela être parfaits, ni lier & obliger les parties.

L'acceptation de la donation doit au surplus être expresse & formelle, ensorte qu'elle seroit nulle, si le mot *acceptant* y avoit été omis; car l'ordonnance de 1731, art. 6, veut que les Juges ne puissent avoir aucun égard aux circonstances dont on prétendroit induire une acceptation tacite ou présumée; & ce, quand même le donataire auroit été présent à l'acte de donation, & qu'il l'auroit signé, ou qu'il seroit entré en possession des choses données; ce qui condamne & rejette par conséquent tous les équipollens dont on se contentoit auparavant en cette matiere, du moins en cette Province où l'on suivoit en cela le droit romain, en la loi 6, *cod. de donationib.* comme on peut le voir dans *Dolive*, *liv.* 4, *chap.* 30; & dans *Cambolas*, *liv.* 5, *chap.* 7.

Les donations faites à l'Eglise, aux Hôpitaux, ou à la cause pie, étoient ci-devant dispensées dans cette Province de la nécessité de l'acceptation, *Dolive*, *liv.* 4, *ch.* 30; *Catellan*, *liv.* 5, *ch.* 55; de même que celles faites aux pupilles, & aux enfans en bas âge hors d'état de parler ou de consentir pour accepter; & à l'égard des donations faites aux mineurs, ils pouvoient être restitués envers le défaut d'acceptation pendant les dix années après leur majorité; mais tout cela a changé par les articles 5, 7 & 8 de de l'ordonnance de 1731, qui veulent que toutes ces donations soient nécessairement acceptées, & que l'acceptation soit faite par les Administrateurs des Eglises, des lieux pieux, & des autres Communautés séculieres ou régulieres; & quant aux pupilles, aux mineurs, aux interdits, & autres donataires de cette qualité, par leur tuteur ou curateur, ou par quelqu'un de leurs ascendans, s'ils en ont; jusques-là que l'article 14 de la même ordonnance veut que les mineurs, les interdits, l'Eglise, les Hôpitaux, Commu-

nautés, ou autres, ne puiſſent être reſtitués envers le défaut d'acceptation, ſauf leur recours, tel que de droit, contre leurs tuteurs, curateurs, ou autres adminiſtrateurs, & ſans néanmoins que la donation puiſſe valoir, ni être confirmée ſous prétexte de l'inſolvabilité de ceux contre leſquels ledit recours ſeroit exercé.

Bien plus, ſuivant l'article 9 de l'ordonnance de 1731, les femmes mariées, même celles qui ſont ſéparées en biens par ſentence ou par arrêt, ne peuvent accepter aucune donation entre-vifs ſans être autoriſées par leur mari ou par la juſtice à ſon refus; ce qui s'applique dans les pays de droit écrit aux femmes qui ſe ſont conſtituées tous leurs biens préſens & à venir, ou auſquelles il eſt donné en augmentation de dot; car s'il eſt queſtion de biens parafernaux ſur leſquels le mari n'a aucun droit, ſon autoriſation ſeroit tout-à-fait inutile pour la validité d'une telle donation.

L'article 10 de la même ordonnance de 1731 a excepté néanmoins de la néceſſité de l'acceptation des donations entre-vifs, celles qui ſont faites par contrat de mariage aux conjoints ou à leurs enfans à naître, ſoit par les conjoints eux-mêmes, ſoit par des aſcendans, des collatéraux, ou même des étrangers, & c'eſt ainſi qu'on le jugeoit auparavant à cauſe de la faveur des contrats de mariage; les inſtitutions contractuelles faites en contrat de mariage ſont également exceptées par l'article 13, de lad. ordonnance.

Elle excepte encore de la néceſſité de l'acceptation dans l'article 11, les donations qui ſont faites même par des contrats, autres que des contrats de mariage, à des donataires en dégrés ſubordonnés, qui ont été ſubſtitués à des premiers donataires; parce que l'acceptation du premier donataire ſuffit alors pour tous les autres donataires nés ou à naître, & rend ces donations irrévocables.

Nous pouvons remarquer en paſſant à ce ſujet que lorſqu'une donation entre-vifs eſt faite à une telle perſonne & à ſes enfans nés ou à naître, dans ce cas les enfans ſont ſans contredit regardés comme donataires en dégré ſubordonné, & ſont cenſés appellés à la donation *ordine ſucceſſivo* après leur pere, parce qu'entre le pere & le fils il y a ce qu'on appelle *ordo charitatis & affectionis*, & que le pere ou mere eſt préſumé avoir été plus affectionné par le donateur que les enfans; & on juge la même choſe, lorſque la donation eſt faite à un tel ou à ſes enfans, cette particule disjonctive *ou* ſe convertiſſant en la conjonctive *&*, & contenant pareillement un fidéicommis tacite au profit deſdits enfans après pere ou mere.

La raiſon en eſt que dans l'un & dans l'autre cas on ne peut pas préſumer que les enfans ſoient appellés cumulativement & par égales parts à la donation avec leur pere; car la loi *cùm quidam* 4, *cod. de verbor. ſignif.* qui décide pour le partage égal des biens, ne s'applique qu'aux libéralités faites à des perſonnes qui ſont d'une condition égale, & également connues & chéries par le donateur, mais non pas aux perſonnes *inter quas cadit ordo*

affectionis : Voyez *Catellan & Vedel*, *liv.* 2, *chap.* 14; de sorte que, quand le pere & ses enfans sous un nom collectif & sans désignation ou nomination particuliere sont appellés à une donation, les enfans ne peuvent la recueillir qu'après le pere & par voie de fidéicommis, de façon que l'aliénation des biens donnés est interdite au pere donataire; cependant ce fidéicommis tacite laisse la liberté au pere de choisir & élire un de ses enfans pour recueillir l'entiere donation. *Catellan ibid.*

Il en est autrement à l'égard des testamens & autres actes de derniere volonté, c'est-à-dire, que lorsqu'un testateur a institué une telle personne & ses enfans, ou légué à un tel & à ses enfans, alors les enfans ne sont censés appellés à l'institution ou au légat que par une substitution simplement vulgaire en défaut du pere, & nullement par fidéicommis; de sorte que, si le pere a une fois recueilli l'institution ou le légat, il en demeure absolument le maître, les enfans n'y ont plus aucun droit, & le pere peut disposer desdits biens, & les aliéner, comme il trouve à propos; *Catellan & Vedel*, *dict. loc. Maynard*, *liv.* 5, *chap.* 37; la raison de la différence est prise de ce que les contrats sont de droit étroit, qu'on n'y peut rien suppléer, & que les biens étant donnés à une personne & à ses enfans, il faut nécessairement dire qu'ils sont donnés effectivement aux enfans, du moins en dégré subordonné, & après leur pere; au lieu qu'en matiere de testamens il est permis d'interpréter la volonté du défunt, & on l'interprete en effet de façon qu'autant qu'il se peut, il ne se départe pas du droit commun.

Au surplus, il ne faut pas confondre le cas où une donation est faite en contrat de mariage au futur époux & à ses enfans à naître, avec celui où la donation est faite au futur époux en contemplation ou en faveur du mariage & des enfans qui en naîtront, ou même en préciput & avantage desdits enfans; car dans ce dernier cas les enfans n'ont aucun droit aux biens donnés, ils ne sont pas regardés comme appellés de leur chef à la donation en dégré même subordonné, & ne sont considérés tout au plus que comme la cause impulsive, non l'objet final de la donation; ensorte que le pere peut aliéner & disposer à son gré desdits biens donnés, sans que les enfans puissent s'en plaindre, ni révoquer les aliénations. *Dolive*, *liv.* 4, *chap* 5; *Catellan*, *liv.* 2, *chap.* 14.

Enfin, l'article 12 de la même ordonnance de 1731 excepte de la nécessité de l'acceptation les donations entre-vifs faites à des enfans nés & à naître, pourvu qu'elles soient acceptées par ceux qui étoient déja nés dans le tems de la donation, ou bien par leur tuteur, leur pere, ou quelqu'autre de leurs ascendans, voulant que cette acceptation profite & serve aux enfans à naître, quand même la donation seroit faite autrement que par contrat ou en faveur de mariage.

Ut etiam si non tradantur, habeant plenissimum robur.

Il est évident qu'il faut pour la perfection d'une donation, qu'elle puisse fournir au donataire une action pour obliger le donateur à la délivrance de la chose donnée ; car autrement ce ne seroit pas, à proprement parler, une donation, ce seroit *donner & retenir*, ce qui ne vaut pas, aux termes de l'article 273, de la coûtume de Paris; mais ce n'est pas donner & retenir, suivant l'article 275 de la même coûtume, que de se conserver l'usufruit, en tout ou en partie, de ce que l'on donne en propriété ; non plus que quand on donne avec clause de constitut, ou précaire, c'est-à-dire, quand y a clause dans le contrat portant que le donateur demeurera en possession pour & au nom du donataire, ce qui n'empêche pas la perfection de la donation, parce que le donateur pour-lors *constituit vel declarat se rem donatam possidere precibus, seu precario, donatarii nomine, quem proprietarium & legitimum possessorem agnoscit*; la rétention d'usufruit & la constitution de précaire ne produit néanmoins autre chose qu'une tradition feinte, simulée, ou civile, laquelle suffit & équipolle en effet à la tradition réelle & de fait vis-à-vis du donateur, mais qui seroit inutile contre un second donataire, auquel il auroit été donné sans aucune réservation, & qui se trouvant en la possession actuelle & réelle de la chose seroit préféré au premier, conformément aux principes que nous avons déja expliqué sur le paragraphe 44 du titre premier de ce livre *de rerum divisione*.

L'ordonnance de 1731 concernant les donations, art. 15 & 17, a au surplus défendu par exprès les donations des biens présens & à venir, excepté dans les contrats de mariage en faveur des conjoints ou de leurs descendans, qui sont permises par qui qu'elles leur soient faites, & a voulu que hors de ce cas aucune donation entre-vifs ne pût comprendre d'autres biens que ceux qui appartiennent au donateur dans le tems de la donation, à peine de nullité des donations, même pour les biens présens; en cela cette ordonnance a suivi la Jurisprudence des pays coûtumiers, où, suivant la maxime, *donner & retenir ne vaut*, on jugeoit que les biens à venir ne pouvoient pas être compris dans une donation, comme n'étant susceptibles ni d'une tradition réelle & de fait, ni d'une tradition feinte ou civile : sur quoi on peut voir *Ricard*, *tom.* 1, *part.* 1, *chap.* 4, *sect.* 2, *distinct.* 2.

L'article 15 de cette ordonnance veut même que quand une donation renferme des meubles ou effets mobiliers dont il n'y a pas une tradition réelle, il en soit fait un état signé des Parties, lequel demeurera annexé à la minute de la donation, faute de quoi le donataire ne peut prétendre aucun desdits effets mobiliers, même contre le donateur ou ses héritiers; & c'est encore là une suite de la maxime, *donner & retenir ne vaut*, d'autant plus que comme les meubles peuvent être facilement divertis, s'il n'en étoit pas fait une délivrance actuelle, ou un état & inventaire, il seroit aisé d'en frustrer le donataire.

Et cùm retrò Principum Conſtitutiones inſinuari eas actis intervenientibus volebant.

Par le droit romain l'inſinuation des donations entre-vifs étoit néceſſaire, lorſqu'elles excédoient cinq cens écus, & quand elles n'avoient pas été inſinuées, elles n'étoient pas entiérement nulles, mais ſeulement en ce qui excédoit cette ſomme, & l'inſinuation devoit ſe faire dans le lieu où la donation avoit été faite. *Leg.* 36, *cod. de donationibus.*

Parmi nous l'inſinuation, c'eſt-à-dire, l'enrégiſtrement public des donations entre-vifs eſt généralement indiſpenſable : ainſi, ſuivant l'ordonnance de 1539, art. 132, l'ordonnance de Moulins, art. 58, l'ordonnance du mois de février 1731, & la déclaration du 17 du même mois, art. 1, toutes les donations entre-vifs, de quelque valeur qu'elles ſoient, tant des meubles que des immeubles, même les donations mutuelles, réciproques, remunératoires, onéreuſes, ou faites à la charge de ſervice & de fondation, doivent être inſinuées, à peine de nullité; & cette inſinuation doit ſe faire aux Bureaux établis près les Bailliages ou Sénéchauſſées, ou autre Siége Royal, où le payement des droits de l'inſinuation doit être également fait, conformément à ladite déclaration du 17 février 1731, & ainſi qu'il a été décidé par un arrêt du réglement du Parlement de Toulouſe du 3 juin 1740, qui a défendu en même tems, & prohibé comme inutiles, les inſinuations qu'on avoit encore accoûtumé de faire au Greffe des Sénéchauſſées ou Siéges Royaux.

Par rapport aux différentes eſpeces de biens donnés, l'inſinuation doit donc ſe faire, ſavoir, aux Bureaux établis près la Sénéchauſſée ou autre Siége Royal reſſortiſſant nûëment au Parlement; tant du domicile du donateur, que du lieu où les biens donnés ſont ſitués ou ont leur aſſiéte, lorſque la donation eſt d'immeubles réels, ou qui ſans être réels ont une aſſiéte, & ne ſuivent pas la perſonne du donateur; & dans les autres cas, au Bureau établi près la Sénéchauſſée ou autre Siége Royal du domicile du donateur. Voyez *l'ordonnance de* 1731, *art.* 23, *& la déclaration du* 17 *février* 1731, *art.* 1.

La donation doit être inſinuée dans le délai de quatre mois, à compter de ſa date, à l'égard des biens & perſonnes qui ſont dans le Royaume, & dans le délai de ſix mois pour les perſonnes qui ſont abſentes du Royaume, ſuivant l'ordonnance de Moulins, art. 58, moyennant quoi elle a un effet rétroactif au jour de ſa date contre toute ſorte de perſonnes, c'eſt-à-dire, même contre les créanciers & tiers acquéreurs qui auroient contracté dans cet intervalle avec le donateur, ſuivant l'article 26 de l'ordonnance de 1731, quoiqu'on jugeât ci-devant le contraire dans cette Province, parce qu'en effet cela paroît un peu dur, comme on le voit dans *Maynard*, *liv.* 2, *chap.* 53; *Dolive*, *liv.* 4 *chap.* 29, *in princip.*

Ce n'eſt pas que la donation entre-vifs ne puiſſe être inſinuée après les délais de quatre mois ou de ſix mois, & en tout tems, même après le décès du donataire, pourvû toutefois que le donateur ſoit encore vivant; mais alors elle n'a effet que du jour de ladite inſinuation, ſuivant la déclaration du 25 novembre 1690, & l'ordonnance de 1731, art. 26.

La donation n'ayant pas été inſinuée, elle eſt nulle, non ſeulement par rapport aux créanciers du donateur, ou tiers acquéreurs, à qui elle ne peut pas être oppoſée, comme on le jugeoit ci-devant au Parlement de Toulouſe, *Dolive, liv.* 4, *chap.* 4; *Catellan liv.* 5, *chap.* 9; mais elle eſt nulle encore par rapport aux héritiers du donateur, donataires poſtérieurs ou légataires; & en un mot, ce défaut peut être oppoſé aujourd'hui par tous ceux qui auroient intérêt à l'oppoſer, autres néanmoins que le donateur, car c'eſt à ſon égard ſeulement que la donation n'eſt pas déclarée nulle, à raiſon du défaut d'inſinuation. *Vid. ladite ordonnance du mois de février* 1731, *article* 27.

Sed & quaſdam donationes invenit, quæ penitùs inſinuationem fieri minimè deſiderant.

Parmi nous ſuivant l'ordonnance de 1731, art. 19, & la déclaration du 17 juillet de la même année, art. 1, les donations faites dans les contrats de mariage en ligne directe ne ſont pas ſujettes à la formalité de l'inſinuation, ni nulles par défaut d'inſinuation, ce qui renferme tant les donations faites par les aſcendans pour conſtitution de dot aux filles, que celles qui ſont faites aux fils qui ſe marient, & les donations même que les aſcendans en ſe mariant eux-mêmes peuvent faire dans leur contrat de mariage à leurs deſcendans, enſemble les inſtitutions ou promeſſes d'inſtituer faites en contrat de mariage par les aſcendans aux deſcendans, puiſque ce ſont de vraies donations.

En ſecond lieu, les donations pour augment & gain de ſurvie, & autres conventions matrimoniales, réciproques, dans les pays où elles ſont en uſage, ſont exceptées de la peine de nullité par le défaut d'inſinuation, quoiqu'au ſurplus il faille les faire inſinuer ſous certaines peines burſales: ſur quoi Voyez *la déclaration du* 25 *juin* 1729, *l'ordonnance de* 1731, *art.* 21; *& la déclaration du* 17 *février* 1731, *art.* 6; mais au deſſus de l'augment ou gain de ſurvie, les autres libéralités entre mariés ont beſoin d'inſinuation pour être valables. *Vid. Catellan, liv.* 5, *chap.* 9.

En troiſiéme lieu, on excepte de la peine de nullité par le défaut d'inſinuation les donations des choſes mobiliaires, quand il y a eu tradition réelle, & les donations d'une ſomme d'argent non excédant mille livres une fois payées, c'eſt-à-dire, qu'elles ne ſont pas nulles faute d'inſinuation, mais qu'il faut néanmoins les faire inſinuer par rapport aux droits burſaux, ſuivant

l'ordonnance de 1731, art. 22, & la déclaration du 17 février de la même année, art. 7.

Enfin, les mineurs, l'Egliſe, les Hôpitaux, Communautés, ou autres qui jouiſſent du privilége des mineurs, ne peuvent pas être reſtitués contre le défaut d'inſinuation : ſauf leur recours tel que de droit contre leurs tuteurs ou adminiſtrateurs, & ſans que la reſtitution puiſſe même avoir lieu, quand bien leſdits tuteurs ou adminiſtrateurs ſe trouveroient inſolvables, comme il eſt porté par ladite ordonnance de 1731, art. 32.

Donatoribus licentiam præſtitimus certis ex cauſis eas revocare.

Les donations entre-vifs peuvent être révoquées par trois moyens ; premiérement, par l'ingratitude du donataire, dont Juſtinien parle en cet endroit ; en ſecond lieu, par le droit de retour ; & en dernier lieu, par la ſurvenance ou naiſſance d'enfans au donateur.

Quant à l'ingratitude, les cauſes qui peuvent donner lieu à la révocation, ſont marquées au nombre de cinq dans la loi derniere, *cod. de revocand. donat.* qui ſont, d'avoir dit ou fait des injures atroces au donateur ; de l'avoir battu ; d'avoir tenté par de mauvaiſes voies de lui faire perdre ſon bien, ou la plus grande partie ; de l'avoir mis en péril de la vie, de quelque maniere que ce ſoit ; & enfin, de refuſer d'accomplir les conditions de la donation : ſur quoi on peut voir *Dolive, liv.* 4, *chap.* 5 ; *Catellan, liv.* 5, *chap.* 54 ; *Ricard, tom.* 1, *part.* 3, *chap.* 6.

L'authentique *quod mater*, au même titre du code, veut que meres remariées ne puiſſent révoquer les donations qu'elles ont fait à leurs enfans du premier lit, que pour trois cauſes d'ingratitude, ſavoir, d'avoir attenté à leur vie, de les avoir battues, ou d'avoir cherché à les ruiner entiérement ; elle ne parle point des deux autres ; mais en France on ne ſouffriroit pas qu'un fils pût injurier ou inſulter impunément ſa mere, ſous prétexte qu'elle auroit paſſé à des ſecondes nôces, ni que ſous ce même prétexte il pût refuſer d'accomplir les conditions ſous leſquelles elle lui auroit donné : ainſi cette authentique n'y eſt pas obſervée en ce point. *Vid. Ricard., dicto loco, chap.* 6, *ſeſſ.* 1, *n.* 671.

L'ordonnance de 1556, celle de Blois, art. 41, celle de 1639, art. 2, & l'édit du mois de mars 1697, marquent une nouvelle cauſe de révocation des donations, lorſque les fils de famille mineurs de trente ans, ou les filles mineures de vingt-cinq ans, ſe marient ſans le conſentement de leurs pere & mere, ou même après cet âge, ſans avoir requis leur avis par des actes de reſpect.

L'action en révocation de la donation par ingratitude ne peut pas être intentée par les héritiers du donateur, qui ne l'a pas intentée pendant ſa vie, *leg.* 1, 7, *& ult. cod. de revocand. donat.* & elle ne peut pas non plus être formée par le donateur contre les héritiers du donataire, qui ſeroit décédé

décédé avant sa plainte, *leg.* 7, *versic. actionem. cod. eodem. Godefroy sur la loi derniere, ibid.*

Le donateur ne peut pas au surplus renoncer dans l'acte même de donation à la faculté de révoquer ladite donation en cas d'ingratitude, *ne detur occasio delinquendi*, autrement cette clause seroit regardée comme nulle & de nul effet; & il faut remarquer encore que cette révocation par ingratitude n'a pas un effet rétroactif, comme celle qui se fait par la survenance d'enfans au donateur, ou par le droit de retour, parce qu'elle ne se fait pas de plein droit, mais par la voie d'action, & avec connoissance de cause, si bien qu'elle ne touche pas aux aliénations, ni aux hypothéques contractées par le donataire avant la plainte du donateur en justice pour demander la révocation de la donation, suivant la loi 7, *cod. de revocand. donat. Ferrieres, in quæst.* 488, *de Guypap.*

Du reste, c'est au donateur à prouver clairement les faits d'ingratitude, *Dolive, liv.* 4, *chap.* 5, *Ricard, tom.* 1, *part.* 3, *chap.* 6, *sess.* 4, *n.* 728; & quant à la durée de l'action pour former la demande en révocation, quoique *Boutaric* sur l'article 45 de l'ordonnance des donations ait pensé que le donateur devoit se pourvoir dans les dix années des actions rescisoires, il est beaucoup plus naturel de s'en tenir à la distinction de *Ricard, dict. loc. n.* 727 *&* 729, qui observe qu'il n'est nullement besoin de se pourvoir en restitution ou en rescision de la donation, ni d'obtenir des lettres de chancellerie pour cela, & fait voir que la durée de la demande en révocation par ingratitude dépend de l'action qui en fait le fondement, c'est-à-dire, que si cette révocation est fondée sur un crime, comme d'avoir attenté à la vie du donateur, elle ne se prescrit que par vingt ans, qui est le tems de la prescription des actions criminelles; si le donateur ne se plaint que de l'inexécution des clauses & conditions de la donation, son action étant civile & personnelle doit durer trente années; & enfin s'il n'est question que d'une simple injure, le donateur n'est pas recevable à se plaindre après l'an, qui est le tems par lequel les injures demeurent prescrites : cette distinction est aussi conforme à la doctrine de *Maynard, liv.* 8, *chap.* 9.

Le droit de retour est un droit qui fait revenir au donateur les biens par lui donnés, lorsque le donataire vient à décéder avant lui sans enfans : ce droit qui n'avoit été introduit qu'en faveur du pere donateur par la loi *jure succursum, ff. de jure dotium*, a été étendu par la Jurisprudence des arrêts à la mere, à l'ayeul, à l'ayeule, au frere, à la sœur, & aux oncles & tantes de sang, & non d'alliance, soit paternels, soit maternels; & ce droit de reversion a également lieu, quoique le donataire ait laissé des enfans, si ces enfans viennent encore à mourir avant le donateur, sans laisser des enfans. *Vid. Cambolas, liv.* 1, *chap.* 5; *Catellan, liv.* 5 *chap.* 8; *Ricard, tom.* 1, *part.* 3, *chap.* 7, *sect.* 4.

Comme ce retour légal se fait de plein droit, il fait revenir au donateur

les biens donnés francs & exempts des hypothéques contractées par le donataire dans l'intervalle ; il réſoud pareillement les aliénations, & ſeulement les biens donnés par quelqu'une de ces perſonnes, dont nous avons parlé, en contrat de mariage, ſont affectés ſubſidiairement à l'hypothéque de la dot & augment de la femme, en cas d'inſuffiſance des biens propres du mari donataire.

Indépendamment de ces perſonnes qui par la Juriſprudence des arrêts jouiſſent du droit de retour *ipſo jure*, tous les autres donateurs, ſoit parens en des dégrés plus éloignés, ſoit étrangers, jouiſſent du droit de retour conventionnel, c'eſt-à-dire, lorſqu'ils l'ont ſtipulé ou réſervé en donnant, & ils en jouiſſent même avec plus d'avantage ; car lorſqu'un donateur a ſtipulé le retour, au cas de prédécès du donataire, ſimplement, & ſans parler des enfans du donataire, ce retour a lieu, bien que le donataire ait laiſſé des enfans, & à l'excluſion de ces mêmes enfans. *Cambolas*, *liv.* 1, *chap.* 5, *n.* 5 ; *Catellan*, *liv.* 5 *chap.* 8, *in medio.*

Bien plus, lorſque le donateur a ſtipulé le retour, au cas que le donataire décéderoit ou précéderoit ſans enfans, alors quoique le donateur vienne à mourir le premier, il tranſmet à ſes héritiers, quels qu'ils puiſſent être, ſon droit de retour, lequel a lieu en leur faveur, à l'excluſion des héritiers étrangers du donateur qui vient à mourir ſans laiſſer des enfans, parce que le donateur qui contracte, traite tant pour lui que pour ſes héritiers, & que *conditionalis ſtipulatio ad hæredes tranſmittitur.*

Il n'en ſeroit pas de même du premier cas dont nous avons parlé, où le donateur a ſtipulé le retour, au cas du prédécès du donataire, ſimplement, ſans parler des enfans dudit donataire, la ſtipulation en ce cas n'eſt regardée que comme perſonnelle au donateur, & non réelle, ni tranſmiſſible ; ainſi, ſi ce donateur meurt avant le donataire, le retour s'évanouit.

Le retour conventionel fait revenir auſſi au donateur les choſes données, libres de toutes hypothéques, & réſoud les aliénations, ſans qu'il puiſſe même, je penſe, être queſtion alors de l'hypothéque ſubſidiaire de la dot, s'il s'agit du moins d'un donateur étranger ou collatéral qui ne ſe ſoit en rien obligé à cet égard. *Vid. Ricard*, *tom.* 1, *part.* 3, *chap.* 7, *ſeſſ.* 4, *n.* 798.

On doit remarquer, quoiqu'en aient dit quelques Auteurs, que les donations pures & ſimples entre-vifs, faites en contrat de mariage par l'un des futurs époux à l'autre, ne ſont pas ſujettes au droit de retour légal, ainſi qu'il a été jugé par un arrêt du Parlement de Toulouſe après partage, du premier juin 1731, Rapporteur M. de Baſtard, Compartiteur M. de Capella ; l'un des avis étoit que la donation devoit être ſans effet, & faire retour au mari, ſa femme étant décédée, comme cenſée faite ſous la condition, *ſi quis ſupervixerit is cui donatum eſt*, & qu'on ne pouvoit pas penſer que le mari eût entendu donner autrement, ni voulu s'aſſujettir à payer lui-même

cette donation aux ſucceſſeurs de ſa femme ; car c'étoit le cas du procés : mais à cela il fut répondu que ce ſeroit donner atteinte à trois maximes inébranlables : 1°. Que le droit de retour n'a lieu que pour les donations faites en faveur des proches parens. 2°. Que dans les contrats on ne doit pas interpréter la volonté des contractans. 3°. Qu'une donation faite entre-vifs purement & ſimplement ne peut pas être rendue conditionnelle par des conjectures. *Voyez pour la confirmation de cet arrêt*, *Ricard*, *tom.* 1, *part.* 3, *chap.* 7, *ſect.* 6.

Enfin, toute ſorte de donations entre-vifs faites par des perſonnes qui n'ont pas d'enfans ou de deſcendans vivans dans le tems de la donation, de quelque valeur qu'elles ſoient, & à quelque titre qu'elles aient été faites, même celles qui auroient été faites en faveur de mariage par autres que par les conjoints ou les aſcendans, demeurent révoquées & réſolues de plein droit par la ſurvenance d'un enfant légitime au donateur, même d'un poſthume, ou par la légitimation d'un enfant naturel par mariage ſubſéquent ; c'eſt la diſpoſition de l'article 39 de l'ordonnance des donations de 1731 fondée ſur l'eſprit de la loi, *ſi unquam*, *cod. de revocand. donat.* & ſur cette préſomption que toute perſonne qui donne, n'ayant pas d'enfans légitimes, n'eſt cenſée donner que ſous cette condition tacite, ſi elle n'en a pas à l'avenir. *Vid. Catellan*, *liv.* 4, *chap.* 41.

Sur ces principes on juge que les donations entre-vifs, même celles faites à l'Egliſe, ou à la cauſe pie, ou à la charge d'une fondation, ſont ſujettes de plein droit à cette révocation, de même que les conſtitutions de dot, ſans attendre même la mort du mari qui auroit reçu la dot. *Maynard*, *liv.* 4, *chap.* 12 ; *Catellan*, *liv.* 4, *chap.* 41.

Cette révocation s'étend encore aux donations qui auroient été déguiſées d'un autre nom, comme de tranſaction, accord, ou autres actes ſemblables, dans leſquels on auroit renoncé à des droits certains & établis, *Catellan*, *liv.* 5, *chap.* 8 ; elle a lieu auſſi, quoique l'enfant du donateur ou de la donatrice fût déja conçu au tems de la donation ; car il faut avoir des enfans nés & vivans lors de la donation, pour qu'elle ne ſoit pas ſujette à cettte révocation. *Voyez ladite ordonnance de* 1731, *art.* 39 *&* 40.

Les biens donnés entrent dans le patrimoine du donateur, par la ſurvenance d'un enfant, libres & exempts de toutes charges, hypothéques, ou aliénations du chef du donataire, & ne ſont pas même affectés ſubſidiairement & en défaut d'autres biens à la reſtitution de la dot, augment, & autres conventions matrimoniales de la femme du donataire, ainſi qu'il eſt porté par l'article 42 de ladite ordonnance de 1731 contre l'ancienne Juriſprudence remarquée par *Maynard*, *liv.* 6, *chap.* 40.

Comme cette révocation ſe fait de plein droit, la donation révoquée ne peut revivre, ni avoir de nouveau ſon effet par la mort de l'enfant ſurvenu au donateur, ni par aucun acte confirmatif, à moins que le donateur ne

fît une nouvelle donation des mêmes biens au même donataire, c'eſt la diſpoſition de l'article 43 de ladite ordonnance de 1731; & au ſurplus l'action en déclaration de la révocation peut être intentée par les héritiers du donateur, quand même il ſeroit mort ſans la former & ſans ſe plaindre, & contre les héritiers même du donataire déja décédé. *Vid. Catellan, liv. 4 chap.* 41.

Le donateur ne peut pas même renoncer lors de la donation, ou avant qu'il lui ſoit ſurvenu des enfans, à la révocation de la donation, car une telle renonciation ſeroit inutile, *Vid. l'article* 44 *de ladite ordonnance*; il ne peut pas non plus dans les bonnes régles faire cette renonciation après la naiſſance de l'enfant, parce que ce ſeroit un acte confirmatif de nul effet; mais ſi après cette naiſſance il payoit, par exemple, la ſomme auparavant donnée, comme ce ſeroit un acte exécutif, je crois que le donateur ni ſes héritiers ne pourroient plus la répéter, & je l'ai vû décider de même.

§. 3, *Eſt & aliud genus donationis, quod antè nuptias vocabatur.*

On applique à l'augment, avantage nuptial ou gain de ſurvie entre les perſonnes mariées dans les pays de droit écrit, preſque tout ce qui eſt dit dans le droit romain de la donation *antè vel propter nuptias.*

Dans les pays de coûtume cet avantage nuptial eſt appellé douaire, & il eſt ou préfix, c'eſt-à-dire, fixé & réglé dans le contrat de mariage, ou bien en défaut les coûtumes donnent à la femme un douaire coûtumier, qui conſiſte en l'uſufruit de la moitié des héritages que le mari poſſéde au jour de la bénédiction nuptiale, & de ceux qui lui ſont échus depuis le mariage en ligne directe; le douaire préfix au contraire eſt d'une ſomme de deniers, ou d'une partie des héritages ou rentes appartenant au mari, pour en jouir par la femme en uſufruit ou même en pleine propriété, pourvu toutefois qu'il n'y ait pas des enfans iſſus du mariage; car le douaire coûtumier ou préfix eſt le propre des enfans: du reſte, le douaire coûtumier eſt dû en défaut du douaire préfix, & quoiqu'il n'eût été fait aucune mention de douaire dans le contrat de mariage, à moins qu'il n'eût été convenu par exprès que la femme n'en auroit aucun. *Voyez les articles* 247, 248, *& ſuiv. de la coûtume de Paris.*

Dans les pays de droit écrit l'augment eſt auſſi ou conventionnel, ou coûtumier; mais s'il n'y a point de ſtatut local, ou de coûtume particuliere qui accorde un augment à la femme, il n'eſt pas dû ſans convention; cependant la ſeule coûtume ou uſage non écrit ſuffit pour l'accorder, comme il a été jugé au Parlement de Toulouſe par un arrêt du 10 ſeptembre 1743 en faveur de la femme du nommé Armande, laquelle demandant un augment dans la diſtribution des biens de ſon mari, bien qu'il n'y en eût aucun ſtipulé dans ſon contrat de mariage, & ſoûtenant que la coûtume du lieu de Boulogne

Boulogne où il avoit été passé, étoit telle que la femme gagnoit la moitié en sus de sa dot, fut, avant dire droit, reçue à rapporter la preuve de ladite Coûtume.

L'augment n'a hypothéque que du jour du contrat de mariage, comme l'observent *La Roche & Graverol*, *liv.* 6, *titr.* 41, *art.* 23, & lorsqu'il n'y a point d'enfans du mariage, le conjoint survivant gagne l'augment en propiété; mais lorsqu'il y a des enfans, il ne gagne l'augment qu'en simple usufruit, & en outre une portion virile dudit augment en propriété, s'il ne se remarie pas; car s'il se remarie, il est réduit au simple usufruit de l'augment, & cette portion virile se régle, eû égard au nombre des enfans qui se trouvent en vie, au tems du décès de ce conjoint qui meurt le dernier, étant compté lui-même comme un des enfans. *Vid. Novell.* 22, *cap.* 23, *& Novell.* 127, *cap.* 3; *Catellan*, *liv.* 7, *chap.* 54.

L'augment est une tierce espèce de bien qui n'est regardé ni comme paternel, ni comme maternel; ainsi il appartient aux enfans, quoiqu'ils ne soient pas héritiers du pere ou mere qui l'ont gagné, ou qu'ils renoncent à sa succession, *Novell.* 22, *cap.* 20, & la portion virile dudit augment que le conjoint survivant a gagnée, se partage aussi également entre les enfans, soit héritiers, ou non, s'il n'a pas disposé de cette portion nommément & d'une maniere expresse; car une disposition ou obligation des biens en général, ou une institution d'héritier universel seroit insuffisante, & n'empêcheroit pas que les enfans ne dussent partager également l'augment & la virile. *Dict. Novell.* 22, *cap.* 20, *Catellan*, *liv.* 4, *chap.* 28.

Enfin, la virile de l'augment, en défaut de disposition expresse appartient, de même que l'augment, aux seuls enfans du mariage d'où elle procéde, & les enfans des autres lits n'y ont rien à prétendre, & ne peuvent pas même légitimer sur cette virile; mais il n'en est pas de même à l'égard des enfans du même lit d'où procéde l'augment, car ils ont droit de légitimer sur la virile de cet augment gagnée par leur pere ou par leur mere, quoique ceux-ci en aient disposé nommément en faveur d'un desdits enfans, ou en faveur d'un tiers.

Quemadmodùm dotes, constante matrimonio, non solùm augentur, sed étiam fiunt.

La dot peut être constituée pendant le mariage, tout comme elle peut être aussi augmentée, même en argent pendant le mariage, ainsi qu'il est dit dans ce texte, & dans la Novelle 97, *cap.* 2; & pour les intérêts, le même privilége que la Loi *assiduis*, *cod. qui potior. in pign. hab.* observée dans cette Province, donne aux constituées lors du mariage, c'est-à-dire, le privilége de préférence en la répétition ou restitution sur tous les créanciers du mari, même antérieurs au mariage, tant en capital qu'intérêts, pourvu toutefois que la constitution ou l'augmentation de dot faite durant le mariage ait été faite en fonds & en immeubles, & que si elle a été faite en effets mobiliers ou en ar-

gent, ç'ait été ſans fraude, en un tems où le mari n'avoit aucuns créanciers, & pourvu encore que cette dot conſtituée ou augmentée ait éte réellement comptée & payée au mari; car autrement ſi le mari a des créanciers lors de la conſtitution ou augmentation faites en argent pendant le mariage, cette conſtitution ou augmentation de dot n'a aucun privilége contre ces créanciers antérieurs, mais paſſe ſimplement avant les créanciers poſtérieurs, & n'eſt allouée que du jour qu'elle a été faite, & les intérêts n'en ſont colloqués qu'en dernier rang & par concours avec les intérêts des autres créanciers; de plus, s'il ne paroît pas clairement que cette dot conſtituée ou augmentée durant le mariage ait été réellement comptée, elle ne peut pas même nuire alors aux créanciers poſtérieurs du mari, & on ne l'alloue qu'en dernier rang après les capitaux & intérêts de tous les créanciers, ſoit hypothécaires, ſoit cédulaires, comme une ſimple libéralité de la part du mari. *Vid. ladite Novelle* 97, *cap.* 2, *Cambolas*, *liv.* 4, *chap.* 20, *Catellan*, *liv.* 4, *chap.* 55.

Au reſte, ſuivant les anciens Arrêts rapportés par *Dolive*, *liv.* 3, *chap.* 24, le pere qui conſtituoit une dot à ſa fille, tant pour ſes droits paternels que maternels, ſans diſtinguer ce qu'il conſtituoit pour les droits maternels, devoit ſupporter l'entiere dot, & devoit tout payer, ſoit que la mere fût morte ou vivante, préſente ou abſente, & ſoit même que le pere & la mere euſſent fait la conſtitution dotale conjointement; mais aujourd'hui lorſque le pere & la mere ont conſtitué conjointement pour tous droits paternels & maternels ſans rien diſtinguer, ou même lorſque la mere eſt préſente & intervient dans le contrat de mariage, où le pere conſtitue à ſa fille une dot pour tous droits paternels & maternels, on fait ſupporter cette dot par égales parts, tant par la mere que par le pere, ſuivant *Catellan*, *liv.* 4, *chap.* 70, quoique cet Auteur convienne pourtant qu'il eſt plus équitable dans ces cas de réduire l'obligation de la mere, qui n'eſt pas chargée du ſoin de doter, à la légitime qui eſt dûe à ſa fille ſur ſes biens.

Mais on juge encore à préſent au Parlement de Toulouſe, & dans les Pays de Droit Ecrit, que lorſque le pere après le décès de ſa femme conſtitue à ſa fille une dot pour tous droits paternels & maternels, ſans diſtinguer ce qu'il conſtitue pour les droits maternels, la dot doit être priſe en entier ſur le patrimoine du pere, & que la fille eſt en droit de demander encore le payement de ſes droits maternels; cela eſt fondé ſur la Loi derniere, au Code *de dotis promiſſione*. Voyez *Vedel ſur Catellan*, *liv.* 4, *chap.* 70, *Combolas*, *liv.* 4, *chap.* 29, *Albert*, *verb. dot*, *art.* 28,

L'Empereur Léon dans ſa Novelle 21 a néanmoins appellé cette Loi un renverſement d'équité, *æquitatis ſubverſionem*, pluſieurs conviennent même qu'elle eſt injuſte dans ſon eſpèce, & il ſeroit difficile d'en diſconvenir; car la mere étant décédée, & le pere ſe trouvant débiteur envers ſa fille

des droits maternels qu'il a en ſes mains, il doit être cenſé avoir voulu plutôt s'acquitter de cette dette, que donner du ſien; il n'eſt pas même queſtion de recourir à des préſomptions, quand la lettre parle; & pourquoi préſumer que le pere a entendu doter en entier *de ſuo*, tandis qu'il a dit nommément le contraire, *quorsùm enim verba niſi ut mentem demonſtrent?* il eſt vrai qu'en général c'eſt le devoir du pere de doter ſes filles; mais il n'eſt pas moins vrai qu'il lui eſt libre de leur donner lui-même ce qu'il trouve à propos, qu'il ſuffit qu'au deſſus des droits maternels la fille trouve dans la dot qu'il lui a conſtituée, ſa légitime paternelle, & que quand elle ne l'y trouveroit pas en entier, elle ne doit avoir dans les régles qu'une action en ſupplement.

Quoiqu'il en ſoit, on ſuit la Loi dejà citée dans les Pays de Droit Ecrit, malgré ſon injuſtice évidente, ſous prétexte que c'eſt une des cinquante Conſtitutions de l'Empereur Juſtinien, comme ſi l'on ignoroit que ſon Tribonien eſt accuſé d'avoir été quelquefois un marchand de Loi; je ne ſçai ſi l'on reviendra un jour de cette prévention.

Au ſurplus, quoique ladite Loi derniere, *cod. de dotis promiſſione*, parle tant de la dot que de la donation faite au fils qui ſe marie, on ne la ſuit pas au Parlement de Toulouſe quand à ce dernier point, & on y juge que n'y ayant pas en France de donation néceſſaire du pere au fils, & qu'à ſon égard le pere étant abſolument libre de donner, ou de ne pas donner, la donation faite par le pere au fils qui ſe marie, pour tous droits paternels & maternels, renferme les droits maternels, & que ſi le fils a accepté la donation, il ne peut pas les prétendre; il y a un Arrêt de l'année 1743 qui l'a ainſi jugé, en réformant une Sentence arbitrale qui avoit décidé le contraire.

TITRE VIII.

Quibus alienare licet, vel non.

ad princip.

Maritus dotale prædium, invitâ muliere, per Legem Juliam alienare prohibetur.

DANS les Pays Coûtumiers le mari a la liberté d'aliéner le fonds dotal ou propre de ſa femme, pourvu qu'elle y conſente, ainſi que l'avoit réglé la Loi *Julia*, *cod. de fundo dotali*, & même dans quelques Provinces régies par le Droit Ecrit, qui ſont du Reſſort du Parlement de Paris, telles que le Lionnois, Beaujolois, &c. l'aliénation auſſi-bien que l'hypothéque & l'obligation de la dot ont été permiſes aux femmes mariées par un Edit du mois d'Avril 1664, afin de faciliter le commerce; mais dans tous les autres Pays de Droit Ecrit, & principalement dans

cette Province de Languedoc, on suit exactement la Constitution dont l'Empereur Justinien fait ici mention, c'est-à-dire, la Loi unique, §. *& cùm Lex. cod. de rei uxoriæ actione*, par laquelle l'aliénation, de même que l'hypothéque des fonds dotaux, est absolument défendue, à peine de nullité, au mari avec le consentement même de sa femme, & tant à la femme qu'au mari, conjointemenr ou séparément. *Vid. Dolive, liv.* 3, *ch.* 29, *Catellan, liv.* 4, *ch.* 45.

Il y a pourtant des cas où la femme peut valablement hypothéquer sa dot durant le mariage, c'est-à-dire, lorsque la femme s'oblige pour une cause juste & raisonnable, comme seroit la vente ou la réparation de ses biens parafernaux, ou qu'elle se trouve condamnée en des dépens ou des dommages & intérêts pendant le mariage; car alors on ne doute pas que le créancier ne puisse agir contre elle & sur ses biens dotaux, après que la dissolution du mariage a remis ces mêmes biens au pouvoir & à la disposition de la femme. *Duperier, tom.* 1, *liv.* 1, *chap.* 3.

Il y a aussi quelques cas où l'aliénation de la dot est permise durant le mariage; car non seulement le fonds dotal peut être vendu à un tiers dans le contrat même de mariage où il a été constitué, mais il peut être encore vendu postérieurement au contrat de mariage, s'il a été convenu dans le contrat qu'il pourroit l'être, & qu'il seroit permis au mari de l'aliéner, *Catellan, liv.* 4, *chap.* 45, *in fine*; je tiens même que dans ces deux cas le fonds aliéné ne peut pas devenir subsidiairement dotal, malgré l'insolvabilité du mari, & il y a de bonnes raisons pour le décider ainsi.

On excepte encore de la régle qui prohibe l'aliénation, donation, ou autre disposition du fonds dotal, le cas où il a été baillé au mari estimé à une certaine somme; parce que l'estimation est regardée comme une vente qui en est faite au mari, qui le rend propriétaire du fonds, de façon qu'il est le maître de le retenir, & qui l'oblige seulement à en payer le prix. *Leg.* 5, *cod. de jure dotium*, à moins que malgré cette estimation il n'eût été stipulé que la femme auroit le choix de reprendre le fonds, *dict. Leg.* 5, *& Leg.* 21, *cod. eodem*; & dans le doute à quel dessein l'estimation du fonds a été faite, on présume que c'est à dessein de vendre le fonds au mari, *gloss. ad dictam Leg.* 21, *cod. eodem*, ce qui n'empêche pas que lorsque le mari se trouve ensuite insolvable, le fonds, quoique baillé estimé, ne puisse être subsidiairement revendiqué & répété comme dotal par la femme ou par ses enfans. *Vid. Catellan, liv.* 4, *chap.* 32.

On excepte pareillement les aliénations du fonds dotal qui se trouvent nécessaires; & ainsi en cas de nécessité urgente on permet en Justice à la femme & au mari la vente ou l'obligation du fonds dotal, comme, par exemple, pour pourvoir en cas de besoin à la subsistance de leur famille, pour tirer le mari de prison où il est détenu, & lui procurer sa liberté. *Vid. Catellan, liv.* 4, *chap.* 1.

On

On excepte encore le cas de la donation que la femme peut faire pendant le mariage, de sa dot en tout, ou en partie, même sans le consentement du mari, pourvu que l'usufruit lui en soit réservé, sa vie durant, en faveur d'un de ses enfans, soit en contrat de mariage, ou autrement, quoiqu'elle ne puisse pas de même en faire donation à d'autres personnes étrangeres; *Dolive*, *liv.* 3, *chap.* 29; *Catellan & Vedel*, *liv.* 4, *chap.* 4. Il est vrai que *Catellan* au lieu cité, de même que *Boutaric* sur ce texte, exigent que la donation des biens dotaux, ou de partie desdits biens, que la femme fait à un enfant, soit expresse, lorsque la femme a d'autres biens libres ou parafernaux auxquels la donation peut se rapporter, & veulent que sans cette expression les biens dotaux ne soient pas censés compris dans la donation; mais il faut s'en tenir à ce que dit *Vedel*, *dict. loc.* où il observe que cela ne peut avoir lieu tout au plus que dans la Coutume de la ville de Toulouse, où la dot appartient au mari & aux enfans nés du mariage d'une maniere plus particuliere, ce qui exclut la femme de pouvoir en disposer en faveur de l'un d'eux au préjudice des autres; sur quoi il rapporte un Arrêt de l'année 1719, qui est aussi rapporté par *Furgole*, *quest.* 24, *des donations*; mais que hors de cette Coutume, la donation qu'une femme fait à un de ses enfans, de tous ses biens, ou d'une quotité de ses biens, comprend aussibien la dot que les biens parafernaux: il y a un Arrêt de l'année 1708 rendu au Parlement de Toulouse, au rapport de M. de Costa, dans la distribution des biens du sieur de Boirargues, & un autre du 29 Juillet 1722, dans la cause du sieur d'Aliès & de la Dame de Caumont, qui l'ont ainsi jugé; & c'est aujourd'hui la Jurisprudence de ce Ressort.

Le fonds baillé en dot qui se trouve commun & indivis avec des tierces personnes, peut être également vendu & licité, s'il n'est pas partageable; ensorte que si par la licitation le fonds écheoit & est adjugé à un autre qu'au mari, la dot ne consiste alors qu'au prix ou en la somme d'argent que le mari reçoit pour la portion que sa femme avoit sur ledit fonds, *Leg.* 78, §. *penult. ff. de jure dotium*; & c'est-là une de ces aliénations nécessaires & involontaires qui ne sont pas prohibées par les Loix.

A plus forte raison le fonds dotal peut être aussi vendu, aliéné & décrété, à la requête des créanciers du pere ou de la mere de la femme, auxquels elle avoit succédé, sans qu'elle puisse le revendiquer, parce que c'est une aliénation nécessaire qui vient *ex causâ antiquâ*, tout comme il peut être décrété, & le mari en être évincé, pour les dettes contractées par la femme elle-même avant son mariage.

Hors de ces cas dont il vient d'être parlé, le fonds dotal ne peut être aliéné ni hypothéqué à quelque titre que ce soit, & si c'est la femme qui en ait fait l'aliénation, le mari seul peut pendant le mariage révoquer cette aliénation; que si c'est le mari qui l'a aliéné, la femme ne peut pas non

plus pendant le mariage en révoquer l'aliénation, parce qu'elle n'a pas en main les aliénations concernant la dot, à moins qu'elle ne se fût faite séparer en biens d'autorité de Justice. *Vid. Leg.* 9, *cod. de rei vindicat. Ferrieres, repetit. ad caput Raynutius, pag.* 358.

Mais si l'aliénation a été faite par le mari & la femme conjointement, ou par le mari seul, il peut lui-même durant le mariage révoquer cette aliénation qu'il a fait, demeurant néanmoins sujet aux dommages & intérêts envers l'acheteur, s'il s'est obligé envers lui à la garantie, & que l'acheteur ait ignoré le vice de l'achat. *Catellan, liv.* 5, *chap.* 7, *& chap.* 47; *& Vedel, ibid.*

Le fonds dotal ne pouvant être aliéné pendant le mariage, il ne peut être aussi prescrit par un tiers auquel le mari l'auroit laissé posséder durant trente ans; ainsi la prescription du fonds dotal ne court pas contre la femme pendant le mariage, sinon qu'elle eût commencé auparavant, *Leg.* 16, *ff. de fundo dotali*: mais la prescription d'une somme dûe à la femme, qui est devenue dotale, parce que la femme s'est ensuite remariée, & s'est constituée tous ses biens, court néanmoins contre la femme durant le mariage en faveur du débiteur, quand même cette prescription n'auroit pas commencé avant le mariage; parce que la Loi *Julia* ne défendant que l'aliénation ou la prescription du fonds dotal, & dans le cas même où cette prescription n'auroit commencé que depuis le mariage, elle ne s'applique pas à l'aliénation, ni parconséquent à la préscription d'une dette.

Au surplus, quoique le mari qui a laissé prescrire le fonds dotal ou la somme dotale, se trouve insolvable, on n'accorde dans l'un ni dans l'autre cas aucun recours à la femme, ni contre le possesseur du fonds dotal, ni contre le débiteur; il y a même deux Arrêts du Parlement de Toulouse qui l'ont ainsi jugé à l'égard du fonds dotal, dont la prescription avoit commencé avant le mariage, l'un du 4 Juin 1704, & l'autre du 4 Avril 1707.

La prescription du fonds dotal qui a commencé avant le mariage, court non seulement contre la femme, mais elle continue même de courir après sa mort contre ses enfans qui lui succedent, quoiqu'ils soient en la puissance de leur pere qui a l'usufruit des biens dotaux pendant sa vie; mais hors de ce cas il est certain que la prescription ne court pas contre les enfans, tandis qu'ils sont sous la puissance paternelle, pour les biens ou sommes leur appartenant, & dont le pere a l'usufruit, non plus qu'à l'égard de leurs biens que le pere a aliénés. *Leg.* 1, *cod. de bonis maternis; Leg.* 1, *in fine, cod. de annali exceptione; Catellan, liv.* 7. *chap* 15.

Du reste, puisqu'il n'y a que l'aliénation du fonds dotal qui soit défendue par la Loi, il s'ensuit que le mari est le maître absolu des sommes, actions, obligations ou hypotheques dotales, & qu'il peut les aliéner, comme il trouve à propos, *Leg.* 5, *ff. de impensis in res dotales factis, Leg.* 2, *cod.*

de obligationib. & actionib. mais la femme ne peut ni les céder, ni les aliéner, ni en traiter elle seule, parce que l'exercice des actions & aliénations dotales ne réside pas sur sa tête; & il y a un Arrêt du 17 Mars 1736 rendu entre la demoiselle de Mercier & Me. Caumette, Notaire, qui a jugé que cette cession faite par la femme elle seule étoit nulle. Par un autre Arrêt du 11 Août 1705, au contraire, dans la cause du sieur du Roc de pradels, il a été jugé que le mari dont la femme s'étoit constituée en dot tous ses biens, avoit pu valablement traiter & transiger des droits de sa femme, quoiqu'elle fût mineure lors de la transaction, & qu'il fût même question d'un compte tutélaire.

On a demandé si la femme peut toujours disposer librement de sa dot, à cause de mort, au préjudice du mari; voici l'espece. Une femme à qui son pere en la mariant avoit donné & constitué en dot la moitié de ses biens, venant à décéder, & laissant son mari & un enfant né de leur mariage, fait donation, à cause de mort, de cette dot à son pere, de lui autorisée, n'ayant légué à l'enfant que sa légitime: le pere de cette femme demande au mari le délaissement des biens dotaux en vertu de cette donation, distraction faite de la légitime de l'enfant; le mari prétend au contraire jouir du total de la dot, tant que son enfant vivra: j'ai répondu avec raison, contre l'avis de quelques Avocats, & contre une Sentence rendue au préjudice du mari, que cette jouissance ne pouvoit pas lui être contestée, puisque par l'existance de l'enfant le mariage étoit censé durer, & qu'il en supportoit les charges; qu'il est de régle, *functionem dotis mutari non posse*; que les intérêts ou fruits de la dot sont dûs de plein droit au mari après la mort de sa femme, laquelle a laissé des enfans, tout comme si elle étoit vivante, ensorte que rien ne sçauroit l'en priver; *Catellan, liv. 4, chap. 42, in fine. Despeisses, tom. 1, pag. 426*, étant ridicule que *alter onus, alter lucrum haberet*; & qu'en un mot, quoique la femme eût pu disposer du capital de sa dot en faveur d'autre personne que de son enfant, elle avoit, du moins quant aux fruits, disposé d'une chose qui ne lui appartenoit pas, mais qui appartenoit au mari: j'ai ajouté surabondamment que l'existence des enfans nés du mariage empêchoit le droit de retour de la dot, tandis que les dispositions, soit entre-vifs, ou de derniere volonté, faites par le donataire, n'étoient pas capables d'en priver le donateur; qu'ainsi l'existence des enfans, qui étoit plus forte que le droit de retour, devoit empêcher des dispositions pareilles à celle-ci au préjudice du mari & des enfans, & qu'il seroit contre l'intérêt public & contre la faveur des mariages, d'ouvrir une telle voie pour reprendre la dot, dans le cas où le retour ne peut pas avoir lieu.

On fondoit très-mal à propos l'avis contraire sur ce que, suivant la Novelle 117, *in principio*, la mere auroit pu instituer héritier son enfant, & prohiber par exprès l'usufruit au mari; car, 1°. c'est ce qu'elle n'avoit

pas fait, en ſuppoſant même qu'elle eût pu faire cette prohibition, ce que l'on conteſte, s'agiſſant de biens dotaux : 2°. la Novelle ne parle pas en effet de l'uſufruit des biens dotaux, ou plutôt elle les exclut nettement; car on ne peut pas appliquer à cette eſpece de biens, ces termes dont elle ſe ſert, *hæc enim & extraneis relinquere poterant, unde nulla parentibus utilitas naſceretur*, puiſque la jouiſſance de la dot n'eſt ni une utilité, ni un gain pour le mari, & ne lui appartient qu'à titre de charge, en conſéquence de ſon contrat de mariage ; cette Novelle ne parle que de l'uſufruit légal des biens adventifs dû au pere ou à l'ayeul, à raiſon de la puiſſance paternelle, & nullement de l'uſufruit conventionnel qui eſt dû au mari en vertu du contrat de mariage, tandis qu'il en ſupporte les charges ; ce qui ſe prouve par ces paroles, *ſub hac conditione, ut pater, aut qui eos habent in poteſtate, in hisrebus uſumfructum non habeant*, & par ces autres termes du paragraphe ptemier, *in illis enim, caſibus, legem quæ uſum parentibus præbet, volumus cuſtodiri quibus non ineſt ſpecialiter hujuſmodi conditio* ; on peut voir ce que j'ai dit encore au paragraphe premier du Titre IX. de ce Livre, en parlant de la prohibition d'uſufruit faite au mari.

§. 1. *Noſtrâ Conſtitutione certus modus impoſitus eſt, per quem pignorum diſtractio poſſit procedere.*

Nous ne ſuivons point en France la conſtitution de Juſtinien, *in Leg. ult. cod. de jure domin. impetr.* dont il eſt ici parlé, ni les formalités qu'elle preſcrivoit pour la vente des choſes engagées où hypothéquées; nous diſtinguons pourtant, comme dans le Droit, le gage d'avec l'hypothéque, principalement en ce que le gage conſiſte ſouvent en des choſes mobiliaires, *Leg.* 238, §. 2, *ff. de verbor. ſignif.* & en ce que le gage eſt délivré au créancier; au lieu que l'hypotheque conſiſte aux immeubles qui ne ſont pas délivrés, mais ſeulement obligés & affectés aux créanciers, *Leg.* 9, §. 2. *ff. de pignerat. actione.*

Suivant nos Uſages, ſoit que le gage qui eſt délivré au créancier pour l'aſſurance de ſa créance conſiſte en effets mobiliers, ou en immeubles, il n'a pas beſoin de recourir au Prince pour ſe le faire adjuger, faute de payement de la part du débiteur, comme le déſiroit la Loi derniere, *cod. de jure domin. impetr.* mais ſi le gage conſiſte en quelque effet mobilier, le créancier peut le faire vendre auſſitôt que le débiteur eſt en demeure de le ſatisfaire : il ne peut pourtant faire procéder à cette vente que par permiſſion & autorité de Juſtice, publiquement & partie appellée, au plus offrant enchériſſeur ; car on ne ſuit pas la Loi 4. *ff. de pignerat. actione*, qui permettoit au créancier de vendre lui-même le gage ſans autorité de Juſtice, ſoit qu'il eût été convenu qu'il auroit cette faculté, ou non, & qui lui en permettoit la vente malgré le pacte contraire, pourvu qu'il eût fait trois dénonciations préalables au débiteur ; ces dénonciations ne ſont pas d'ailleurs néceſſaire en France, pourvu que

que la vente du gage ſoit faite avec la permiſſion de Juſtice, partie préſente, ou dement appellée, & à l'encan public.

Que s'il eſt queſtion d'un immeuble, ſoit qu'il ait été baillé en engagement au créancier, ou qu'il ne lui ſoit qu'hypothéqué & affecté, celui-ci ne peut le faire vendre, ni ſe le faire adjuger, qu'après une ſaiſie réelle des criées ou proclamations, & par décret du Juge, au plus offrant & dernier enchériſſeur : cette procédure de décret des immeubles exige diverſes formalités qui ſont marquées dans l'Edit du Roi Henri II. de 1551, appellé l'Edit des Criées, & dans l'Ordonnance du Roi Louis XV. le Bien-aimé, du 16 Janvier 1736, portant réglement pour les adjudications par décret en Languedoc.

Cette même Ordonnance parle auſſi du rabattement du décret, qui eſt une eſpece de Droit connu dans le Languedoc ſeulement, & accordé au débiteur diſcuté pour entrer dans les biens dont il a été dépouillé par le décret; mais au lieu qu'avant cette Ordonnance le rabattement du décret n'étoit accordé que comme une grace; cette Ordonnance en a fait une loi pour cette Province, enſorte qu'on n'en uſe plus comme auparavant, où on commençoit toujours par débouter le débiteur de ſes Lettres en rabattement, avec dépens, quoiqu'on l'admît pour certaines conſidérations & motifs d'équité à rentrer dans les biens décretés : aujourd'hui on fait droit ſur les Lettres en rabbattement, & on condamne l'adjudicataire des biens décretés aux dépens, lorſqu'il conteſte mal à propos la demande en rabbattement.

Ce rabattement de décret n'eſt accordé qu'au débiteur & à ſes enfans ou deſcendans ſeulement, & le délai ou la durée de l'action pour le demandeur n'eſt que de dix années, à compter du jour de la miſe en poſſeſſion du décretiſte, ſans diſtinguer, comme on faiſoit autrefois d'autorité, de quel juge le décret a été interpoſé. Ce délai court auſſi contre les pupilles & les mineurs, ainſi que contre les majeurs, & la demande en rabattement doit toujours être formée de plein vol ou au Parlement, où à la Cour des Aides, ſuivant ce qui concerne la compétence de chacune de ces deux Cours, encore que les décrets euſſent été interpoſés par les Juges ſubalternes; il faut voir ſur tout cela ladite Ordonnance du 16 Janvier 1736, art. 11 & ſuiv.

Nous pouvons au ſurplus remarquer qu'on ſuit en ce Royaume la déciſion de la Rubrique du Code, *etiam ob chirographariam pecuniam pignus retineri poſſe*; enſorte qu'un engagiſte peut retenir le fonds engagé, juſqu'à ce que le débiteur lui ait payé non ſeulement le prix de l'engagement, mais encore les autres ſommes qu'il peut lui devoir d'ailleurs au-delà du prix de l'engagement, quand même ce créancier engagiſte auroit demeuré plus de trente années dans le ſilence, ſans demander ces ſommes, & qu'elles lui ſeroient dues par ſimple promeſſe *Vid. Catellan, liv. 7, chap. 9.*

Lors même qu'il s'agit d'un gage mobilier, le créancier nanti dudit gage a droit de le retenir, jusqu'à ce qu'il soit payé des sommes qui lui sont dues par le débiteur en capital & intérêts, outre & par dessus celle qui fait le sujet de l'engagement; & cela au préjudice même d'un créancier antérieur, & par préférence; car c'est d'un gage mobilier qu'il faut entendre l'Arrêt rapporté par *Vedel sur Catellan*, *liv.* 5, *ch.* 1, *in fine*, comme l'observe avec raison *Fromental en son Recueil*, *pag.* 286; & il faut supposer encore qu'il ne s'agisse pas d'une distribution générale des biens du débiteur; car dans les distributions générales les créanciers qui ont prêté sur des gages, & qui les ont en leur pouvoir, n'ont aucune préférence sur la vente desdits gages, mais le prix en est distribué aux créanciers, suivant l'ordre & le privilege de leurs hypothéques, les prêteurs n'y étant alloués que du jour, du contrat du prêt, suivant la Jurisprudence du Parlement de Toulouse, comme nous le dirons ailleurs.

§. 2. *Nunc admonendi sumus, neque pupillum, neque pupillam, ullam rem sine tutoris autoritate alienare posse.*

Dans cet endroit l'Empereur ne parle vraisemblablement que de l'aliénation ou vente des meubles & effets périssables des pupilles ou mineurs, *qui sine detrimento servari non possunt.*

Par le Droit Romain les tuteurs ou curateurs devoient vendre, de même que parmi nous, ces effets périssables de leur pupilles, à peine de demeurer responsables de leur perte, *Leg.* 7, §. 1, *ff. de administr. tutorum*, *Leg. ult.* §. *ult. cod. eodem*; mais ils pouvoient faire cette vente de leur autorité privée: au lieu qu'en France, lorsque l'inventaire a été fait, le tuteur doit faire procéder à cette vente des effets superflus & périssables, d'autorité de Justice, au plus offrant enchérisseur, suivant l'article 102 de l'Ordonnance d'Orléans, ainsi qu'il a été déja remarqué ci-dessus au Livre premier, Titre XX. *de Attiliano tutore*, §. 7.

Pour ce qui est des effets précieux ou utiles à conserver, & plus encore à l'égard des immeubles appartenans aux pupilles ou mineurs, la vente ou aliénation en étoit défendue par le Droit Romain, tant aux tuteurs ou curateurs, qu'aux pupilles ou mineurs, si ce n'est par Ordonnance du Juge rendue en connoissance de cause, & après certaines formalités; *Vid. Leg.* 22, *cod. de administr. tutor. & curator. & toto titulo*, *cod. de prædiis & aliis rebus minor. sine decreto non alien.* Il en est de même en France, où les meubles & effets précieux, lors même qu'ils ont été saisis à la requête des créanciers, ne peuvent être vendus, s'ils sont de la valeur de 300 liv. & au dessus, qu'après trois expositions, à trois marchés différens, suivant l'Ordonnance de 1667; titr. 33. art. 13. & l'on observe encore exactement que la vente des biens immeubles des pupilles & des mineurs est nulle de plein droit, si elle n'a éte permise & accordée par le Juge, en connoissance de cause,

pour cas de nécessité, après des affiches & des proclamations publiques, & les biens adjugés au plus offrant & dernier enchérisseur, suivant la forme des adjudications par décret. *Vid. Louet & Brodeau, lettr. A. chap.* 5.

La Loi 3, au Code *quando decreto opus non est*, excepte le cas où le testateur, duquel le fonds est parvenu au pupille ou mineur, en auroit permis l'aliénation sans formalités par son testament; mais cette exception n'est même guere reçue dans l'usage, sur-tout lorsqu'il n'y a point de circonstances favorables qui puissent soutenir la vente, comme quand elle n'a pas été faite pour payer des dettes pressantes, ou qu'il n'y a ni utilité, ni avantage pour le mineur. *Vid. Brodeau sur Louet, dict. loc.*

En un mot, l'aliénation des immeubles des pupilles ou mineurs, faite par eux, ou par leurs tuteurs, ou curateurs, sans avoir observé les formalités de Justice requises, est absolument nulle, quand même les biens auroient été vendus à leur juste prix, *Leg.* 11. *& Leg.* 16. *cod. de prædiis minor.* & le mineur reprend son fonds, sans être tenu à autre chose qu'à rendre, seulement du prix de l'aliénation, ce qui en a été converti à son profit, *Leg.* 10. *cod. eodem, & Leg.* 32, §. 4, *ff. de administrat. tutor.* ce que l'acheteur doit lui-même montrer & vérifier, *dict. Leg.* 16, *cod. de prædiis minor.* & l'acheteur étant regardé comme un acquéreur de mauvaise foi, est condamné à la restitution des fruits depuis son achat & indue occupation: ce n'est que dans le cas où l'acheteur n'auroit pas connu la minorité du propriétaire, qu'on le décharge de la restitution des fruits perçus avant l'instance; sur quoi on s'en tient à son serment, quand il ne paroît pas d'ailleurs qu'il en eût été instruit, *toto titulo, cod. si quis ignorans rem minoris esse, &c.* & si l'acheteur a fait des impenses ou réparations nécessaires ou utiles au fonds vendu, on les lui tient en compte sur la restitution des fruits. *Vid. dict. Leg* 16, *cod. de prædiis & aliis rebus minor.*

Il y a un Arrêt du Parlement de Toulouse du 29 Mars 1732, dans la cause du sieur Polain, pere, & administrateur de ses enfans & de feue Rose Filhol, contre Me. Tricot, Conseiller au Sénéchal de Beziers, qui avoit acquis sans formalités une maison de ladite Filhol mineure pour 2000 liv. quoiqu'il n'eût compté cette somme à l'oncle & curateur de cette mineure, qu'en conséquence d'une procuration des Religieuses où elle se disposoit à faire Profession, ce qu'elle ne put exécuter, parce que le curateur dissipa cet argent; lequel condamna Me. Tricot au délaissement de ladite maison, avec restitution des fruits depuis l'achat, & avec dépens, & déchargea le sieur Polain en ladite qualité du remboursement desdites 2000 liv. faute par Me. Tricot d'avoir suivi l'emploi effectif de ses deniers, sauf son recours contre ledit curateur qui étoit insolvable.

Lorsque la vente du bien du pupille ou du mineur a été faite avec les formalités requises & décret du Juge, elle n'est pas nulle de plein droit; mais cependant le mineur peut toujour venir contre, par Lettres en restitution, s'il se trouve lésé, *Leg.* 11, *cod. de prædiis & aliis rebus minor.* & il n'est pas né-

ceſſaire que cette léſion ſoit au delà de la moitié du juſte prix; comme dans les ventes faites entre majeurs; mais il ſuffit qu'elle ſoit d'un tiers ou d'un quart, ſans même que dans ce cas l'acheteur puiſſe être reçu à ſuppléer le juſte prix, & à retenir le fonds.

On dit communément que les mineurs ne ſont point reſtitués, s'ils ne montrent qu'ils ont été léſés, *Leg.* 11, §. 3, *ff. de minoribus*; mais cette régle ſouffre quatre ou cinq exceptions, où la léſion eſt toujours préſumée *ipſo jure*: 1°. quand le mineur a accepté une hérédité; il ſe fait reſtituer par la ſeule minorité, ſans vérifier la léſion: 2°. quand il a emprunté de l'argent; car alors c'eſt toujours à celui qui lui a prêté, de vérifier par acte, *in rem minoris verſum eſſe*: 3°. dans le cas de l'aliénation des biens du mineur faite *ſine decreto Judicis*, par lui, ou par ſon tuteur, ou curateur, & alors même la vente eſt nulle de plein droit: 4°. lorſque le mineur a donné entre-vifs, *quia donare eſt perdere*, *Leg.* 7, *ff. de donationibus*: enfin, on préſume auſſi la léſion, quand le mineur a traité ou contracté ſans curateur, comme je l'ai dit ci-devant au Livre premier, titr. *de curatoribus*, §. 2.

§. 3, *E contrario omnes res pupillo, ſine tutoris autoritate, dari poſſunt.*

Il faut excepter aujourd'hui les contrats de donation entre-vifs, qui doivent être acceptés par les tuteurs, ou curateurs, ou par quelqu'un des aſcendans des pupilles ou mineurs, à qui la donation eſt faite, ſuivant l'article 7, de l'Ordonnance des Donations de 1731.

Ita licere tutori vel curatori debitorum pupillarem ſolvere, ut priùs judicialis Sententia, ſine omni damno celebrata, hoc permittat.

Celui qui doit à un pupille, pour acquérir ſa libération, ne doit payer au pupille qu'avec l'autorité de ſon tuteur, ou, pour mieux dire, au tuteur lui-même; & en effet, ſuivant la Loi *Lucius* 46, §. *tutela. ff. de adminiſtrat. tutor.* & autres textes de Droit, le débiteur du pupille, qui paye au tuteur, eſt valablement libéré: cependant il eſt dit dans le texte que nous expliquons, & dans la Loi 25, *cod. de adminiſtrat. tutor. vel curat.* que le débiteur du pupille, ou du mineur, ou adulte, s'il veut acquérir une parfaite libération, ne doit payer au pupille, ou mineur, ou même à ſon tuteur, ou curateur, qu'après une permiſſion & Ordonnance du Juge.

Pour détruire cette contrariété apparente, il n'y a qu'à obſerver que quoique le débiteur du pupille ſoit à la vérité libéré de plein droit par le payement fait au tuteur; néanmoins ſi l'argent a été diſſipé ou mal placé, & que le tuteur ſe trouve inſolvable, le pupille peut ſe faire reſtituer envers ce payement, & recourir contre ſon débiteur, ſur ce fondement qu'il a fait le payement, ſans que le Juge l'eût auparavant permis & ordonné; car c'eſt ainſi que l'explique *Vinnius*, *hîc*, *n.* 3; & en effet, quoi qu'en diſe *Boutaric*, il peut y avoir à riſquer que par la diſſipation & l'inſolvabilité

vabilité du tuteur, dont les nominateurs ne répondroient pas, parce qu'ils auroit été visiblement solvable lors de sa nomination, le pupille n'ait son recours sur le débiteur qui auroit manqué de suivre l'emploi de ses deniers, & négligé la permission de Justice.

Pour ce qui est des sommes dues à un mineur, *Boutaric* convient lui-même qu'il seroit imprudent de payer au mineur lui-même, ou au curateur, sans que le Juge eût auparavant permis & ordonné le payement, *sine Sententiâ judiciali*; & l'on entend communément par ces termes, qu'il faut une Ordonnance du premier Juge, & pour plus grande sûreté encore un Arêt qui permette le payement; laquelle Ordonnance ou Arrêt doivent être aux frais du mineur, parce qu'il n'est pas juste que le débiteur qui veut se libérer, souffre le moindre dommage par rapport à la qualité ou à l'état de la personne de son créancier; & c'est ce que signifient, suivant les Interprêtes, ces autres termes de la Loi, *sine omni damno celebrata.*

Le plus sûr est donc de ne payer au tuteur, non plus qu'au mineur, ou à son curateur, qu'après une Ordonnance ou Arrêt de permission, à moins qu'on ne payât à un pere, légitime administrateur de ses enfans; *quia patris administratio penitùs est impunita*, comme dit la Loi *cùm opportet*, *cod. de bonis quæ liberis.*

S'il ne s'agit néanmoins que de simples intérêts ou revenus, les mineurs en peuvent recevoir le payement, & en fournir quittance valable, sans formalités de Justice, & sans l'assistance de leur curateur, *dict. Leg.* 25, *cod. de administrat. tutor.* & parconséquent ils peuvent percevoir les revenus de leur bien, sans être obligés de prendre même un curateur, s'ils le veulent, parce qu'autremennt ils seroient comme privés de la jouissance de leur patrimoine; ce n'est qu'à l'égard de la reception des capitaux que ces formalités sont requises; on n'observe pas même la Loi 27, *cod. eodem*, qui veut que les mineurs ne puissent pas recevoir, sans formalités de Justice, les intérêts, arrérages de plus de deux années, comme formant un capital pour eux; mais ils ne peuvent pas pourtant recevoir valablement, sans ces formalités, les intérêts qui sont échus durant leur pupillarité; car ces intérêts qui ne pouvoient être payés au pupille lui-même, retiennent toujours à cet égard leur premiere nature, & sont considérés comme des capitaux. *Vid. Catellan, liv.* 1, *chap.* 26, *in fine.*

Au surplus, il faut prendre garde que les mineurs sont regardés & tiraités comme des majeurs, en ce qui concerne le négoce & le commerce public dont ils se mêlent, suivant l'Ordonnance de 1673, titr. 1, art. 6, comme aussi ils sont réputés & traités ainsi que des majeurs, en ce qui concerne leur contrat de mariage, & pour tout ce qui en dépend; de sorte qu'ils peuvent recevoir & faire quittance valable des sommes dotales, sans qu'il soit besoin d'autorité de Justice, & sans pouvoir alléguer le défaut d'emploi, ni contre la femme, ni contre les constituans: enfin, les mineurs Béné-

ficiers ſont déclarés majeurs par l'Ordonnance de 1667, tit. 15, art. 14, pour tout ce qui concerne les fruits & droits du Bénéfice dont ils ſont pourvus.

Ex diverſo pupilli ſolvere ſine tutoris autoritate non poſſunt, quia id quod ſolvunt, non fit accipientis.

S'il arrivoit qu'un pupille payât lui même, ſans l'intervention de ſon tuteur, une de ſes dettes paſſives, quoique l'argent qu'il auroit compté vînt à dépérir par cas fortuit, ou autrement, entre les mains du créancier, il ne ſeroit pas juſte de dire que le pupille eſt demeuré le maître de cet argent pour lui en faire ſupporter la perte, & l'on jugeroit ſans difficulté que le pupille auroit entierement acquis ſa libération: ainſi on ne ſuit pas la diſpoſition de ce texte; & de même nous tenons en France que quand les mineurs ont payé pour s'acquiter de quelque dette, quoique ſans l'autorité d'un curateur, le payement eſt toujours valable.

Tout au plus ſi un débiteur pupille ou mineur avoit payé un créancier également pupille ou mineur, & que ce créancier eût perdu ou diſſipé l'argent, la reſtitution ſeroit refuſée à un tel débiteur, *& melior cauſa eſſet illius qui accepit & perdidit*, *Leg.* 11, §. 6, *ff. de minoribus.*

Pour ce qui eſt du prêt fait par un pupille ou par un mineur à un majeur, ce prêt eſt valable, & ils ont ſans difficulté l'action du Prêt pour répéter leur argent; mais ſi le prêt a été fait par un pupille ou mineur à un autre pupille ou mineur qui ait perdu ou diſſipé l'argent, le pupille ou mineur qui a prêté, ne peut pas être reſtitué envers l'autre, *dict. Leg.* 11, §. 6, *& Leg.* 34, *in princip. ff. de minoribus*; à plus forte raiſon s'il s'agit d'un majeur qui ait prêté à un mineur, lequel a diſſipé ou perdu l'argent, ce majeur n'a point d'action contre le mineur, mais tout au plus on oblige le mineur à lui céder ſes actions contre ceux à qui il auroit baillé cet argent. *Leg.* 27, §. 1, *ff. eodem.*

TITRE IX.

Per quas perſonnas cuique acquiritur. §. 1. *Sancitum eſt à nobis ut ſi quid ex re patris ei obveniat, hoc totum parenti acquiratur, quod autem ex aliâ cauſâ ſibi filius-familias acquiſivit, hujuſmodi uſumfructum patri quidem acquirat.*

UN fils de famille peut acquérir de pluſieurs manieres qu'il importe de diſtinguer.

1°. Il peut acquérir avec le bien ou l'argent de ſon pere, ſans aucune induſtrie ni travail de ſa part, ou du moins fort petit, & alors ce gain appar-

tient en propriété de même qu'en uſufruit au pere, & le fils n'y a rien à prétendre, comme il eſt dit dans ce texte.

2°. Le fils de famille peut acquérir & gagner par ſa propre induſtrie, en trafiquant ou en négociant avec les deniers que ſon pere lui a confiés, & alors la propriété de ce gain ſe partage entr'eux par égales parts, l'uſufruit de la portion du fils demeurant au pere.

3°. Lorſque par ſa propre induſtrie & par ſon travail l'enfant de famille fait quelque gain ſans l'argent de ſon pere, ce gain appartient à l'enfant lui ſeul en propriété, l'uſufruit réſervé ſimplement au pere; encore faut-il pour laiſſer cet uſufruit au pere, qu'il ne s'agiſſe pas d'un gain caſtrenſe ou quaſi-caſtrenſe. *Leg. cùm opportet, cod. de bonis quæ liberis*; *Catellan, liv. 2, chap. 46.*

4°. Le fils de famille peut enfin acquérir ſans induſtrie ni travail de ſon côté, comme par ſucceſſion, donation, ou autrement, ſoit de la part de ſes parens, ou de la part des étrangers, & alors ces biens adventifs appartiennent ſans difficulté au fils en propriété, le pere n'y ayant que l'uſufruit. *Dict. Leg. cùm opportet, cod. de bonis quæ liberis; & Catellan, ibid.*

C'eſt ce qu'on appelle l'uſufruit légal, parce que c'eſt la Loi qui l'accorde au pere, à la différence de l'uſufruit conventionnel ou teſtamentaire dont nous avons parlé ſur le Titre IV. *de uſufructu* de ce Livre.

Cet uſufruit que la Loi donne au pere dans les Pays de Droit Ecrit ſur les biens de ſes enfans non émancipés, eſt un des principaux effets ou avantages de la puiſſance paternelle, qui n'appartient pas par conſéquent à la mere, ſuivant le texte que nous expliquons, & ſuivant la Loi *cùm opportet, cod. de bonis quæ liberis*, & un avantage que le pere conſerve, quoiqu'il paſſe à de ſecondes nôces, *Leg. ult. cod. de bonis maternis*, *Novella 22, cap. 34*; mais cet avantage n'a pas lieu dans les Pays Coûtumiers, où le droit de la puiſſance paternelle eſt preſque également inconnu; on y pratique ſeulement la garde noble ou bourgeoiſe, qui conſiſtent au gouvernement & adminiſtration que le pere ou mere, ayeul ou ayeule, après la mort de l'un d'eux, ont, ſuivant qu'ils ſont nobles ou bourgeois, de la perſonne & des biens de leurs enfans mineurs, & en vertu de laquelle adminiſtration ils profitent des fruits en acquittant les charges; la garde noble des enfans dure juſqu'à vingt ans pour les mâles, & à quinze ans accomplis pour les filles; la garde bougeoiſe au contraire ne dure que juſqu'à quatorze ans accomplis pour les mâles, & à douze ans pour les filles; celle-ci-même ſoumet à donner caution, au lieu que le gardien noble n'y eſt pas tenu: ces deux gardes ſe doivent accepter en Jugement, & elles finiſſent même par les ſecondes nôces: & pendant qu'elles durent, on peut même élire des tuteurs ou curateurs aux mineurs, s'il eſt néceſſaire, pour intenter leurs actions, & pour les défendre en Juſtice; ce que le gardien ne peut point faire: on voit que ce droit de garde n'a rien de commun avec la puiſſance pa-

ternelle. *Vid. la Coutume de Paris, art. 265, & ſuiv. & les Commentateurs, ibid. Louet & Brodeau, lettre G. chap. 6.*

Au ſurplus, les peres domiciliés & habitant en Pays de Droit Ecrit ont l'uſufruit des biens de leurs enfans ſitués en Pays Coutumier, ſuivant l'obſervation de *Bretonnier ſur Henrys, tom. 2, liv. 4, queſt. 13, de l'édition de 1708*, parce, dit-il, que la puiſſance paternelle eſt un droit perſonnel qui étend ſes effets par-tout, & que d'ailleurs les fruits ſont des meubles qui ſuivent la perſonne; mais je doute de ce que cet Auteur ajoute, ſçavoir, que le pere domicilié à Paris doit jouir auſſi par droit de puiſſance paternelle des fruits des biens de ſes enfans ſitués dans les Pays de Droit Ecrit, juſqu'à ce qu'ils ſoient parvenus à la majorité qui les émancipe.

Quoique le pere ait de plein droit dans les Pays de Droit Ecrit l'uſufruit des biens de ſes enfans non émancipés, il faut remarquer pourtant qu'il peut s'en départir en leur faveur, & les en laiſſer jouir; juſques-là que ce délaiſſement ou cette tolérance du pere vaut une donation tacite de cet uſufruit en faveur de l'enfant, laquelle donation tacite il n'eſt tenu ni d'imputer en ſa légitime, ni de rapporter à ſes freres ou ſœurs dans la ſucceſſion du pere commun, & que le pere lui-même ne peut révoquer pour le paſſé, quoiqu'il puiſſe reprendre l'uſufruit, quand il le trouve à propos. *Vid. Catellan, liv. 2, chap. 46.*

Il y a plus de difficulté pour ſavoir ſi un pere peut, au préjudice de ſes créanciers, renoncer à l'uſufruit qu'il a ſur les biens de ſes enfans, ſoit en vertu de ſa puiſſance paternelle, ſoit par le teſtament de ceux qui ont donné auxdits enfans: ou ſi cet uſufruit doit céder au profit des créanciers du pere pendant ſa vie; & on tient que le pere ne peut pas y renoncer, ſoit en émancipant pour cet effet ſes enfans, ni autrement, *Catellan, liv. 6, chap. 14.* On n'excepte de cette déciſion que les biens de la dot de la mere; car quoique le pere en vertu de ſa puiſſance paternelle en ait auſſi l'uſufruit, néanmoins s'il a des créanciers, il peut ſi bien y renoncer à leur détriment, qu'il ne dépend pas même de lui de le conſerver dans ce dérangement de ſes affaires; car à cet égard les enfans entrent d'abord dans tous les droits de leur mere, & peuvent, comme elle l'auroit fait, répéter les biens dotaux, à la charge d'en employer les fruits à leur entretien & à celui de leur pere, conformément à la Loi *ubi adhuc, cod. de jure dotium. Catellan, ibid.*

Le pere ne peut pas encore renoncer à l'uſufruit qu'il a ſur les biens de ſes enfans, en les émancipant pour cet effet, au préjudice des tiers acquéreurs deſdits biens auxquels il les a vendus, & il ne peut pas non plus renoncer à l'uſufruit qui lui appartient par la réſervation qu'il en a fait lui-même en donnant ſes biens ou partie de ſes biens à ſes enfans; car ce cas eſt encore moins favorable que celui où l'uſufruit lui appartient en vertu de

la

la ſeule puiſſance paternelle. *Catellan, liv. 2, chap. 45, in fine.*

Exceptis videlicet caſtrenſibus peculiis.

La premiere exception, à la regle qui accorde au pere, par droit de puiſſance paternelle, l'uſufruit des biens adventifs de ſes enfans, conſiſte en ce que le pécule & biens caſtrenſes ou quaſi-caſtrenſes du fils de famille ne ſont pas aſſujettis à cet uſufruit; c'eſt-à-dire, les guains & profits que le fils de famille peut faire dans les emplois, charges & dignités de la Guerre, de la Robe, ou de l'Egliſe, pourvu que ce ne ſoit pas des emplois vils ou peu relevés, tels que ceux des Huiſſiers, Sergens, Greffiers, &c. *Vid. Maynard, liv. 5, chap. 1; La Roche, liv. 6, titr. 77, art. 4; Ferrieres, in queſt. 190, de Guypap.*

Il y a deux autres exceptions principales.

L'une eſt fondée ſur la Novelle 117, *cap.* 1, & ſur l'authentique *excipitur, cod. de bonis quæ liberis*, qui veut que le pere n'ait point d'uſufruit ſur les biens donnés ou légués à ſon enfant, ſous cette condition, qu'il ne l'aura point, ou lorſque l'uſufruit lui en a été par exprès prohibé par le teſtateur ou donateur, *Dolive, liv. 3, chap. 38. Catellan, liv. 4, chap* 80; mais cette prohibition, quoiqu'expreſſe, n'eſt d'aucun effet à l'égard des biens que celui qui l'a faite, étoit chargé de rendre au fils de famille, parce que ne donnant alors rien du ſien, il ne peut pas priver le pere du droit que la Loi lui accorde; ce qui a lieu, quand même l'on auroit eu le choix de rendre les biens à l'un des enfans, tel qu'on voudroit élire, *cùm facultas neceſſariæ electionis propriæ liberalitatis beneficium non ſit*, comme il eſt dit dans la Loi 67, §. 1, *ff. de legat. 2.*

Cette prohibition d'uſufruit, quoiqu'expreſſe, étant faite par la mere qui inſtitue ſon fils héritier, ne s'étend pas non plus à la légitime du fils, parce que ne pouvant pas priver ſon fils de la légitime ſur ſes biens, elle ne peut pas non plus priver le pere de la jouiſſance que la Loi lui donne; & cettte prohibition alors n'a lieu tout au plus que pour ce qui excede la légitime de l'enfant. *Dolive, liv. 3, chap. 38. Catellan, liv. 4, chap. 80.*

Du reſte, quoique l'uſufruit puiſſe être prohibé au pere par celui qui donne à un fils de famille, il n'en eſt pas de même à l'égard d'un mari; car lorſqu'une femme s'eſt conſtituée en dot tous ſes biens préſens & à venir, le mari a droit de jouir des fruits des biens qui ſont donnés dans la ſuite à ſa femme, quoiqu'ils n'aient été donnés ou légués qu'à condition que le mari n'en auroit pas l'uſufruit; cette prohibition étant inutile quant au mari qui a pour ſoi la loi du contrat de mariage, à laquelle il ne peut être dérogé ni par la femme, ni par un tiers, les contrats de mariage étant regardés comme de Droit public, & l'uſufruit conventionnel étant d'ailleurs plus

fort & plus favorable que l'uſufruit légal, *Novella* 22, *cap.* 33. Voyez *Duperier*, *liv.* 1, *queſt.* 10.

L'autre exception conſiſte en ce que, ſuivant la Novelle 118, *cap.* 2, & l'authentique *hæreditas*, *cod. de bonis quæ liberis*, le pere ſuccédant *ab inteſtat* à l'un de ſes enfans conjointement avec ſes autres enfans, il n'a point l'uſufruit ſur les portions de ſucceſſion appartenant auxdits enfans, quoiqu'il jouît de cet uſufruit auparavant; enſorte que les portions qui parviennent aux freres ou ſœurs de l'enfant décédé, ſont déchargées de l'uſufruit du pere; & cela en conſidération de la portion de ſucceſſion que la Loi a accordé en propriété au pere : juſques-là que la rénonciation ou répudiation que le pere offriroit de faire de ſa portion de propriété, ne ſauroit lui donner le droit de demander l'uſufruit des autres portions; parce que l'ordre & la maniere de ſuccéder eſt de Droit public, auquel des déclaration particulieres & des rénonciations ne peuvent pas donner atteinte. *Catellan*, *liv.* 2, *chap.* 19, *bis.* & *Vedel*, *ibid.*

Et c'eſt ſur ces principes qu'il a été jugé par un Arrêt du Parlement de Toulouſe du 25 Janvier 1715, que le pere n'a point l'uſufruit appartenant à ſes autres enfans, quand même dans le contrat de mariage il auroit été ſtipulé qu'en cas de prédécès de ſa femme il jouiroit de tous les fruits & revenus de la dot, ſa vie durant.

Bien plus, lorſque le pere vient à perdre par des ſecondes nôces la propriété de ſa portion des ſucceſſions des biens que l'enfant décédé a eu *à matre defunctâ*, il demeure toujours privé de l'uſufruit des autres portions, & eſt réduit à l'uſufruit de la ſienne, quoique l'enfant fût décédé avant les ſecondes nôces, conformément à l'avis de *Catellan*, *ibid.* comme il a été jugé par un Arrêt du 14 Mai 1736, entre Jean Thore, pere, & Jean Thore, fils, habitans de la ville d'Auch.

Si néanmoins le pere a joui des portions de ſucceſſion de ſes autres enfans ſurvivans, on ne l'oblige pas toujours d'en rendre les fruits, mais on compenſe ces fruits avec la dépenſe & entretien que le pere leur a fourni, le pere n'étant pas obligé, à la rigueur, de nourrir ſes enfans gratuitement, lorſqu'ils ont du bien d'ailleurs; cela a été ainſi jugé par un Arrêt du Parlement de Toulouſe rendu après partage le 27 Août 1717, en faveur de Silvie Rouvairol, héritiere de ſon pere, & femme de François Gelis, contre Alix Rouvairol ſa ſœur, & Jacques Bardon ſon mari : cet Arrêt eſt cité par *Vedel*, *liv.* 5, *chap.* 36, *in fine*, mais il le date mal, j'ai été perſonnellement inſtruit de cette affaire. *Vid. Duperier*, *liv.* 1, *queſt.* 19.

Cette privation de l'uſufruit que la Loi prononce contre le pere ſuccédant à quelqu'un de ſes enfans décédé, conjointement avec les autres, eſt une exception à la regle générale marquée dans la Loi 3, *cod. de uſufructu*, qui décide que l'uſufruit ne finit pas par la mort du propriétaire des biens, mais ſeulement par celle de l'uſufruitier.

Il eſt même décidé par la Loi derniere, *cod eodem*, que l'uſufruit ſéparé de la propriété, étant légué à un fils de famille, & par ce moyen ſe trouvant acquis au pere, ne prend pas fin par la mort du fils, mais que le pere a droit d'en jouir pendant toute ſa vie, nonobſtant le prédécès de ſon fils.

A plus forte raiſon, & hors du cas de l'authentique *item hæreditas*, l'uſufruit qui eſt acquis au pere ſur les biens adventifs dont le fils a la propriété, ne finit pas par le prédécès du fils, attendu que cet uſufruit eſt attaché plus particulierement à la perſonne du pere ; *Cambolas*, *liv.* 2, *ch.* 7, rapporte même un Arrêt dans cette eſpece : un pere avoit un fils marié qui fut inſtitué héritier par un de ſes oncles, enſorte que l'uſufruit de cette hérédité fut dévolu au pere *jure patriæ poteſtatis*; le fils mourut laiſſant un enfant qui décéda bientôt après, & auquel la mere ſuccéda *ab inteſtat*, comme plus proche; il y eut procès entre cette mere & l'ayeul paternel de cet enfant, pour ſavoir ſi en adjugeant la ſucceſſion à la mere, il ne falloit pas conſerver à l'ayeul, tant qu'il vivroit, l'uſufruit qu'il avoit; & il fut jugé qu'il en jouiroit durant ſa vie, & que cet uſufruit n'avoit pas été éteint par la mort de ſon fils, propriétaire des biens.

Il faut pourtant remarquer avec *Duperier*, *liv.* 3, *queſt.* 9, que quoiqu'il ſoit vrai en général que le pere doit conſerver l'uſufruit des biens de ſon fils, bien que ce fils vienne à prédécéder, cela doit être reſtreint dans ſes bornes, & ne peut pas s'étendre au cas où le fils ſeroit chargé de rendre à ſa mort à un tiers les biens dont il eſt propriétaire, & qu'alors le pere eſt privé par la mort de ſon fils de l'uſufruit qui doit ſe réunir à la propriété en faveur du tiers ſubſtitué au fils.

Néanmoins *Dolive*, *liv.* 5, *chap.* 12, rapporte un Arrêt rendu après partage, qui a jugé qu'un pere ayant été inſtitué héritier par ſa femme, à la charge de rendre à leur fils commun, & au cas que ce fils vînt à mourir ſans enfans, lui ayant ſubſtitué ſon frere, oncle maternel de cet enfant, ce fils étant venu à mourir en bas âge, il n'y avoit pas lieu d'ouvrir la ſubſtitution en faveur du ſubſtitué, & qu'il falloit attendre la mort du pere auquel la jouiſſance fut conſervée, tant qu'il vivroit; mais *Duperier* en l'endroit cité obſerve que l'eſpece de cet Arrêt eſt particuliere, à cauſe que le pere avoit été inſtitué héritier, & qu'il étoit évident que l'intention de la teſtatrice n'avoit jamais été que le fils dépouillât le pere durant ſa vie.

L'uſufruit ne prend pas fin non plus par la mort civile du propriétaire des biens; ainſi l'uſufruit dû au pere ne s'éteint pas par la mort civile du fils, dont les biens viennent à être confiſqués, & l'extinction en eſt ſuſpendue juſqu'après la mort du pere, *Papon*, *liv.* 14, *titr.* 2, *art.* 9; *Boerius*, *deciſ.* 7; car je ne crois pas qu'il faille s'arrêter à l'Arrêt de la Chambre de l'Edit rapporté par *Catellan*, *liv.* 2, *chap.* 76, *in fine*; mais l'uſufruit dû au pere dont les biens ſont confiſqués pour crime par lui commis, qui em-

porte privation de la puiſſance paternelle, prend fin par cette mort civile du pere, & ſe réunit à la propriété en faveur du fils, *Papon, dict. loc. art.* 8. Il en eſt de même de l'entrée en Religion du pere, qui opere ſa mort civile, & le prive de la puiſſance paternelle. Voyez ce que j'ai dit ſur le Titre IV. de ce Livre, §. 3, *de uſufructu.*

§. 2. *Statuimus ut parens emancipando liberos ſuos, dimidiam non dominii rerum, ſed uſusfructus retineat.*

Par ce texte & par la Loi *cùm opportet*, §. 3, *cod. de bonis quæ liberis*, qui eſt obſervée, le pere qui émancipe ſon fils, conſerve comme pour récompenſe de cette émancipation la moitié de l'uſufruit qu'il avoit déja ſur les biens de cet enfant, quoiqu'il ne l'ait pas expreſſément réſervé dans l'acte d'émancipation, pourvu toutefois qu'il n'y ait pas renoncé par exprès, ou tacitement, comme quand il paroît par les circonſtances que le pere a émancipé ſon fils ſans ſe rien retenir, *Catellan, liv.* 4, *chap.* 53; mais lorſque par la force de la Coutume, ou par quelque dignité, le fils ſort de la puiſſance paternelle, le pere perd alors entierement l'uſufruit qu'il avoit, parce que l'enfant étant émancipé par la Loi du Pays, ou par le Prince qui confere la dignité, le pere ne doit rien avoir *pro præmio emancipationis*, puiſqu'il n'émancipe pas.

Pour ce qui eſt des biens qui adviennent au fils après ſon émancipation, le pere n'y a abſolument aucun droit, ni uſufruit, & l'on n'obſerve pas à cet égard la Loi 3, *cod. de bonis maternis*, que l'on regarde comme abrogée par la Loi *cùm opportet, cod. de bonis quæ liberis.* Voy. *Catellan, l.* 4, *chap.* 53.

On ne doute pas même que lorſqu'un pere en mariant ſon fils lui fait dans le contrat de mariage une donation de certains biens, quoique ſans l'émanciper, le pere ne peut pas prétendre enſuite aucun uſufruit ſur ces biens donnés, la donation, à cauſe de la faveur du mariage, ne pouvant être ni révoquée, ni ébréchée; le pere ne jouit pas même de l'uſufruit ſur les biens qui ont été donnés à l'enfant *ab extraneo cauſâ dotis.* Voyez *La Roche & Graverol, liv.* 5, *verb. uſufruit, art.* 3.

Nous pouvons remarquer en paſſant que dans cette ville de Montpellier il y a une eſpece d'uſufruit légal qui eſt accordé par l'article 118, du Statut local au mari ſurvivant à ſa femme, & qui lui donne ſa vie durant le droit de jouir des immeubles qui lui ont été délivrés & conſtitués en dot : cet article du Statut eſt obſervé, & cette jouiſſance qu'il accorde au mari, doit avoir lieu au préjudice même du droit de retour que les pere ou mere conſtituans pourroient prétendre; mais j'ai vu douter ſi dans ce terme d'immeubles l'on devoit comprendre les offices, & on tient que non.

§. 3. *Item vobis acquiritur quod ſervi veſtri ex quâlibet cauſâ acquirunt.*

Tout ce qui eſt dit ici de l'acquiſition par le moyen des eſclaves, eſt inutile

inutile en France, où il n'y en a point; on ne peut l'appliquer qu'aux eſclaves qui ſont dans les Iſles ou Colonies, & en effet ces eſclaves ne peuvent rien avoir ni poſſéder, qui n'appartienne à leur maître, comme nous l'avons dit au Livre premier, Titre VIII. *in principio.*

§. 5. *Et hoc eſt, quod dicitur per extraneam perſonam nihil acquiri poſſe.*

On ne peut acquérir par le moyen d'une perſonne étrangere, ſi ce n'eſt par un Procureur fondé de procuration, comme il eſt dit dans ce paragraphe, *Vid. Duval, Inſtit. pag.* 339, *&* 340; tout comme on ne peut pas ſtipuler pour autrui, ainſi que nous le dirons ci-après ſur le paragraphe 4, *de inutilibus ſtipulationibus:* de-là vient que les ſtipulations que les Notaires feroient pour les abſens, ſont de nul effet parmi nous, comme on l'apprend dans l'Ordonnance concernant les Donations de 1731, art. 5, & dans *Ricard, tom.* 1, *part.* 1, *chap.* 4, *ſect.* 1, *n.* 865.

TITRE X.

De Teſtamentis ordinandis.

§. 3. *Teſtes quidem eorumque præſentia uno contextu, teſtamenti celebrandi gratiâ, ſubſcriptiones teſtatoris & teſtium, ſignacula & ſeptem teſtium numerus.*

NOUS ne reconnoiſſons aujourd'hui en France que trois ſortes de teſtamens; le teſtament par écrit, ou ſolemnel; le teſtament clos, miſtique, ou ſecret; & le teſtament olographe, ou écrit, ſigné & daté par le teſtateur lui-même: car le teſtament verbal, ou purement nuncupatif, & appuyé ſur la réſomption des témoins & ſur la preuve vocale, a été entierement abrogé par l'Ordonnance des Teſtamens du mois d'Août 1735, art. 1.

1°. Juſtinien parle d'abord ici du teſtament ſolemnel, exige pour ſa validité qu'il ſoit fait en préſence de ſept témoins & à une ſeule fois, qu'il ſoit ſigné par le teſtateur & les témoins, & qu'outre la ſignature les témoins y appoſent encore des ſceaux ou cachets.

L'uſage des ſceaux ou cachets des témoins n'a jamais été ſuivi en France, cette formalité étant d'autant plus inutile, que par le paragraphe 5 de ce Titre on voit qu'il étoit permis aux témoins de ſe ſervir d'un même ſceau, & même d'un ſceau étranger; & l'Ordonnance de 1735, art. 9, a déclaré auſſi l'inutilité des ſceaux ou cachets des témoins, à l'égard même des teſtamens clos ou miſtiques. *Vid. Ricard, tom.* 1. *part.* 1. *chap.* 5. *ſect.* 3. *n.* 1344.

On obſerve à la vérité dans les Pays de Droit Ecrit le nombre de ſept témoins, mais ce nombre n'y eſt pas même requis dans les lieux où la Coutume locale ſe contente d'un moindre nombre, comme à Tou

louse de deux, & à Montpellier de trois, ce qui est confirmé par l'article 13 de l'Ordonnance de 1735; non plus que lorsqu'il s'agit de testamens faits entre enfans & descendans, où il suffit en tous lieux de deux témoins, suivant l'article 15 de la même Ordonnance, & il faut au surplus que le testament soit retenu par un Notaire, ou autre personne publique, que les Ordonnances aient autorisé à retenir les testamens, comme il résulte de ladite Ordonnance de 1735, art. 5, 15, 16, 22, & suiv. ce qui rend inutile la dissertation faite par *Boutaric*, pour savoir si l'on peut faire sans Notaire un testament.

Le Notaire, ou autre personne publique qui a droit de retenir les testamens, doit même écrire de sa main les dispositions de derniere volonté, à mesure qu'elles sont prononcées par celui qui dispose, sans que le Clerc du Notaire, ou autre personne, puisse les écrire; & ce, à peine de nullité, suivant les articles 5 & 47 de l'Ordonnance de 1735, qui a réforme à ce sujet la Jurisprudence antérieure; cela a été même ainsi jugé depuis ladite Ordonnance par deux Arrêts, l'un du 28 Août 1742, l'autre du 2 Septembre 1746, rendus au Parlement de Toulouse, qui ont cassé sur ce défaut des testamens, nonobstant que la clause codicillaire s'y trouvât insérée, le dernier de ces Arrêts ayant même été rendu au sujet d'un testament fait entre enfans; & il y a eu encore là-dessus une Déclaration du Roi du 24 Mars qui a par exprès fait défenses à tous nos Notaires, ou autres personnes qui ont droit de recevoir des testamens, codicilles, ou autres actes de derniere volonté, de faire écrire lesdites dispositions, comme aussi l'acte de suscription des testamens mistiques, par leurs Clercs, ou autres, à peine de nullité, &c. voulant seulement que lorsque les testamens & autres actes de derniere volonté déja faits auroient été volontairement exécutés ou acquiescés par des personnes majeures & capables de s'obliger valablement, elles ne puissent les attaquer sous ce seul prétexte qu'ils n'auroient pas été écrits par le Notaire recevant.

Depuis ce tems-là il vient d'être rendu encore une Déclaration du Roi le 6 Mars 1751, régistrée au Parlement de Toulouse le 6 Avril suivant, qui en laissant subsister ou en validant pour le passé les testamens, codicilles, & autres actes de suscription qui auroient été écrits par les Clers des Notaires, afin d'éviter le trouble qui pourroit autrement arriver dans les familles, a de plus fort ordonné pour l'avenir que les Notaires, ou autres personnes publiques, écriroient de leur propre main les testamens, codicilles, & autres actes de derniere volonté, comme aussi la suscription des testamens, ou codicilles clos & mistiques, à peine de nullité.

L'Ordonnance de 1735, art 5, déja cité, ordonne que lorsque le testateur voudra faire un testament nuncupatif écrit, il en prononcera intelligiblement toutes les dispositions en présence au moins de sept témoins, y compris le Notaire ou Tabellion, lequel écrira les dispositions à mesure

qu'elles seront prononcées par le testateur, après quoi il sera fait lecture du testament entier audit testateur, de laquelle lecture il sera fait mention par le Notaire ou Tabellion, & le testament sera signé par le testateur, par le Notaire, & par les autres témoins, le tout de suite & sans divertir à autres actes, & qu'en cas que le testateur déclare qu'il ne sait ou ne peut signer, il en sera fait mention.

Sur cela on peut remarquer en passant qu'il doit être fait mention de la lecture faite au testateur, du moins par ces mots *fait & récité*, de même que de la cause pour laquelle il n'auroit pas signé ; parce que les solemnités d'un acte doivent conster & être établies par l'acte même, sans quoi on ne seroit pas même reçu à prouver par témoins qu'elles ont été observées.

Le testateur, les témoins & le Notaire doivent ensuite de la lecture signer le testament ; de-là il résulte d'abord que les témoins testamentaires doivent par conséquent savoir signer ; car ils doivent signer, comme il est porté encore par exprès par les articles 44 & 45 de ladite Ordonnance de 1735, conformément à la Loi derniere, *cod. de testamentis*, qui requiert des témoins signataires hors à la campagne, de même que *Catellan*, *liv.* 2, *chap.* 4 ; & même à la campagne il faut toujours deux témoins qui signent, suivant ledit article 45.

Le Notaire doit également signer le testament ; car un testament non signé par le Notaire seroit nul, quoique signé par le testateur & par les témoins, suivant *Henrys*, *tom.* 2, *liv.* 5, *quæst.* 40, *de la pénult. édit.* qui excepte pourtant le testament entre enfans ; mais aujourd'hui même le testament nuncupatif écrit entre enfans doit être signé par le Notaire. Voyez *les articles* 5, 15, 16, *& suiv. de ladite Ordonnance de* 1735.

De même le testament seroit nul n'étant pas signé par le testateur, quoiqu'il le fût par le Notaire, s'il n'y étoit fait mention de la cause pour laquelle le testateur n'a pas signé ; & les Curés eux-mêmes doivent faire signer le testateur, ou faire mention de l'interpellation & de la cause pour laquelle il n'a pas signé ; & tout cela est conforme à l'Ordonnance de Blois, art. 63, 175, & autres cités par *Ricard*, *tom.* 1, *part.* 1, *chap.* 5, *sect.* 7, lesquelles enjoignent aux Notaires de faire signer aux Parties & aux témoins tous contrats, testamens, & autres actes, s'ils savent signer, ou d'en déclarer la cause, à peine de nullité.

Le testament doit être fait de suite & sans divertir à autres actes, ce qui s'entend, suivant la Loi *cùm antiquitas*, *cod. de testam.* que le testament soit fait *uno contextu* ; de façon que s'il y a quelque interruption pour quelque cas imprévu, elle ne soit pas de durée, & qu'on ne perde pas de vue la faction du testament.

Sur ce principe, il faut que la volonté ſoit déclarée en même tems par le teſtateur aux Notaires & témoins préſens & aſſemblés en un même lieu, comme auſſi que le teſtament ſoit ſigné par le teſtateur, les témoins & le Notaire, en préſence les uns des autres ; ce qui eſt conforme aux Loix 9, 12 & 28, *cod. de teſtam.* & à l'ancienne Juriſprudence, de même qu'à l'article 6 de l'Ordonnance de 1735, qui porte que les témoins doivent aſſiſter tous enſemble à la diſpoſition de derniere volonté, ſans qu'il ſoit pourtant néceſſaire de faire mention qu'ils aient été priés & convoqués à cet effet.

Du reſte, contre le dire du Notaire, portant la préſence des témoins conjointement, on ne peut pas être reçu à prouver qu'ils n'ont pas entendu prononcer au teſtateur ſes diſpoſitions, ou bien qu'ils ont ſigné le teſtament ſéparément & non tout enſemble, ou que le teſtateur ne pouvoit pas parler, ſans prendre la voie criminelle de faux, quoique *Catellan*, *liv.* 2, *chap.* 67, cite là-deſſus des Arrêts contraires ; parce que ces faits ſont bien de la connoiſſance & du reſſort du Notaire, & ſont tout-à-fait différens du cas où l'on peut prouver la démence, frénéſie, rêverie, ou imbécilité du teſtateur, malgré la clauſe par laquelle le Notaire a dit que le teſtateur étoit en ſes bon ſens & entendement, ces faits n'étant pas de la charge ni même le plus ſouvent de la connoiſſance du Notaire. *Vid. Vedel ſur Catellan*, *liv.* 2, *ch.* 67.

Mais cette preuve que les témoins n'ont pas été préſens tous enſemble à la prononciation des diſpoſitions teſtamentaires, ou qu'ils ont ſigné ſéparément, &c. peut-elle être faite non ſeulement par des témoins étrangers, mais auſſi par les témoins numéraires du teſtament, dont la foi eſt engagée par leur ſignature ? Il ſemble qu'à la rigueur elle pourroit ſe faire par les témoins même numéraires qui ont ſigné la derniere diſpoſition, à l'exemple des témoins qu'on reçoit à dépoſer *de ſuâ corruptelâ*, ou bien même parce que les témoins peuvent avoir ignoré de bonne foi les formalités requiſes au teſtament ; ſans quoi il ſeroit preſque impoſſible le plus ſouvent de découvrir cette eſpece de fauſſeté qui eſt d'une dangereuſe conſéquence : cependant il faut décider qu'il ne peut jamais dépendre des témoins qui ſont engagés par leur ſeing, de renverſer un acte public qu'ils ont atteſté, autrement il ſeroit aiſé d'annuller tous les actes publics, au lieu qu'il eſt naturel au contraire de punir un témoin qui dépoſeroit contre la teneur d'un acte qu'il a ſouſcrit.

Il reſte à obſerver deux choſes. 1°. Que ſi le teſtateur eſt aveugle, ou ſi dans le tems du teſtament il n'a pas l'uſage de la vue, il doit être ajouté à ſon teſtament nuncupatif écrit un huitieme témoin qui ſignera le teſtament avec les autres ; c'eſt la diſpoſition de l'article 7 de l'Ordonnance de 1735. 2°. Que tous teſtamens, codicilles, & autres diſpoſitions à cauſe de mort, même entre enfans & deſcendans, doivent contenir l

date

date des jour, mois & an ; ce qui doit être pareillement observé dans le cas du testament mistique, tant pour la date de la disposition, que pour celle de la suscription, suivant l'article 38 de ladite Ordonnance.

La date est en effet nécessaire dans les testamens : l'Ordonnance de Blois, art. 167, avoit enjoint aussi à tous Notaires de déclarer dans les contrats & dans les testamens le tems qu'ils auront été faits, si c'est avant ou après midi ; & il faut avouer que le défaut de date pourroit faire regarder la disposition testamentaire comme un simple projet, & supposer que le testateur n'a pas eu intention de parfaire son testament le jour même qu'il l'a fait ; on ne pourroit pas d'ailleurs savoir si lors du testament il n'y avoit pas quelque empêchement en la personne du testateur, ou de quelqu'un des témoins. Les Auteurs étoient néanmoins partagés au sujet de la nécessité de la date, lorsque le testament étoit unique, comme on peut le voir dans *Maynard*, *liv.* 7, *ch.* 69, qui l'exige, & dans *Ferrieres*, *in quæst.* 582 *de Guypap.* qui ne la croyoit pas nécessaire ; car s'il y avoit deux ou plusieurs testamens, on convient assez que le testament qui n'auroit point de date, ne pouvant être ni le premier, ni le dernier, seroit compté pour rien en concurrence des autres : mais enfin il ne sauroit plus y avoir de doute depuis l'Ordonnance de 1735, qui en l'article 47 prononce par exprès la peine de nullité par le défaut de la date.

Et non seulement la date, mais encore la désignation ou l'énonciation du lieu où le testament a été fait, est nécessaire pour s'assurer de plus en plus que l'acte n'est pas un simple projet ou mémoire, mais qu'il a été fait sérieusement ; il y en a même une autre raison, c'est afin qu'on ne puisse savoir si le testament est revêtu des formalités que le Statut ou les Loix du lieu y exigent.

2°. Pour ce qui est des testamens clos, mistiques, ou secrets, le testateur doit écrire lui-même, ou bien faire écrire par un autre ses dispositions, avec la date des jour, mois & an, les signer, & après avoir plié le papier, ou y avoir mis une enveloppe qu'il doit fermer, ou cacheter, ou faire fermer & cacheter : présenter ensuite ce papier ainsi clos & cacheté à un Notaire & à sept témoins au moins, y compris le Notaire, leur déclarer que le contenu audit papier est son testament écrit & signé de lui, ou écrit par un autre & signé de lui, de quoi le Notaire doit dresser & écrire lui-même de sa main un acte qu'on appelle l'acte de suscription ; cet acte doit être écrit sur ledit papier ou sur la feuille qui sert d'enveloppe, c'est pourquoi on le nomme acte de suscription ; il doit contenir la date, & être signé par le testateur, par le Notaire & par les autres témoins ; & si le testateur par un empêchement survenu depuis la signature de son testament ne peut signer ledit acte de suscription, il sera fait mention de la déclaration qu'il en aura faite ; c'est la disposition de l'article 9, de l'Ordonnance de 1735, tiré en partie de la Loi *hac consultissimâ*, *cod. de testam.*

L'article 10 de cette Ordonnance ajoute que si le testateur ne sait signer, ni par conséquent écrire, ou s'il n'a pu signer lorsqu'il a fait écrire ses dispositions, il sera appellé à l'acte de suscription un témoin surnuméraire qui signera ledit acte avec les autres témoins, & qu'il y sera fait mention de la cause pour laquelle ce témoin aura été appellé ; mais cet article suppose nécessairement que le testateur sache lire, & lire même la lettre de main, conformément à l'explication que les Arrêts avoient fait, avant même ladite Ordonnance, de la Loi *hac consultissimâ* déja citée, comme on le voit dans *Cambolas*, *liv.* 5, *chap.* 16. *Catellan*, *liv.* 2, *ch.* 12, *& Ricard*, *tom.* 1, *part.* 1, *chap.* 5, *sess.* 4, *n.* 1472, *& suiv.* Aussi l'article 11 de la même Ordonnance porte nommément que ceux qui ne savent ou ne peuvent lire, ne peuvent point faire de testament clos, ou mistique ; & en effet ces personnes incapables de lire, quand bien même elles auroient appris à former leur seing, doivent être mises au même rang que les aveugles, pouvant être exposées à la mauvaise foi de l'Ecrivain, & aux mêmes surprises qu'eux, & il ne leur doit être permis par conséquent de faire, non plus qu'aux aveugles, qu'un testament public & nuncupatif écrit, en y ajoutant même, je pense, un témoin surnuméraire, conformément à ce qui est prescrit par l'article 7, de l'Ordonnance de 1735.

L'article 12 de cette même Ordonnance prévoit le cas où le testateur ne pourroit pas parler, mais où il pourroit écrire, & décide qu'il peut faire un testament clos & mistique, à la charge toutefois que ce testament sera entierement écrit, daté & signé de sa main, qu'il le présentera aux Notaire & témoins, qu'au haut de l'acte de suscription il écrira en leur présence que le papier qu'il présente, est son testament ; après quoi le Notaire écrira l'acte de suscription, dans lequel il fera mention que le testateur a écrit ces mots en sa présence & celle des témoins, qui signeront avec lui & avec le testateur ledit acte.

On avoit demandé si un testament clos n'étant pas écrit de la main du testateur, il devoit ajouter en le signant, ou bien dans l'acte de suscription, qu'il avoit *lû & relû* : cette question avoit souffert quelque difficulté avant l'Ordonnance de 1735, mais comme elle ne parle point de cette clause ou de cette précaution dans l'énumération des formalités du testament mistique, il s'en suit que l'Ordonnance a jugé cette clause entieremet inutile ; il semble même que l'article 23 de ladite Ordonnance l'a déclarée superflue.

Les formalités pour procéder à l'ouverture des testamens clos ou mistiques après la mort du testateur, sont marquées dans les titres du Digeste & du Code, *testamenta quemadmodùm aperiantur* ; cependant on ne les suit pas exactement dans cette Province, où l'ouverture & publication de ces testamens peut se faire à la requisition des Parties intéressées, les plus proches parens appellés, en présence des témoins qui ont signé l'acte de suscription, s'ils sont vivans, & s'ils veulent y être présens, pardevant le Juge

qui en dreſſe ſon procès-verbal; ou bien elle ſe fait plus communément & ordinairement pardevant le Notaire qui a reçu l'acte de ſuſcription, s'il eſt vivant, ou autre, le miniſtere du Juge n'étant pas néceſſaire pour cette ouverture, ſuivant l'uſage qui s'y obſerve; les Notaires même de cette ville de Montpellier ont obtenu un Arrêt contradictoire du Parlement de Toulouſe le 15 Juillet 1747, contre M. de Maſſillian, Juge-Mage, qui les a maintenus, ſelon l'uſage de cette Province, à faire eux-mêmes l'ouverture des teſtamens clos, à ſon excluſion.

Au ſurplus, on peut remarquer en paſſant que par un Arrêt du 25 Juin 1717, rendu en la Grand-Chambre du même Parlement, en la cauſe de Me. Braſſac, Avocat, il fut jugé qu'un teſtateur ayant marqué par exprès dans l'acte de ſuſcription de ſon teſtament, qu'il ne vouloit pas qu'il fût ouvert qu'après un certain tems, l'ouverture ne pouvoit pas en être faite qu'après le tems par lui préfigé.

Du reſte, lorſque le teſtateur lui-même étant en ſon bon ſens a ouvert, rompu ou cancélé le teſtament clos qu'il avoit fait, ce teſtament devient par-là nul & de nul effet, à moins qu'on ne prouve qu'il a été ouvert par un cas fortuit. *Vid. le Journal du Palais, tom. 2, pag. 64. Ricard, tom. 1, part. 3, ch. 2, ſect. 2, n. 135.*

3°. Pour ce qui eſt des teſtamens olographes, c'eſt-à-dire, écrits de la main des teſtateurs, ſans Notaire, ni temoins, quoique les diſpoſitions de derniere volonté de cette eſpece vaillent dans les Pays Coûtumiers en faveur de toute ſorte de perſonnes, comme on le voit dans *Ricard, tom. 1, part. 1, chap. 5, ſect. 5*, ce qui ſe trouve même confirmé par les articles 19 & 20, de l'Ordonnance de 1735, ces teſtamens ne ſont pourtant valables dans les Pays de Droit Ecrit qu'en faveur des enfans ou deſcendans, ſuivant l'art. 16 de ladite Ordonnance; car ils ne vaudroient pas même de la part d'un deſcendant en faveur d'un aſcendant; encore faut-il, ſelon le même article, qu'ils ſoient entierement écrits, datés & ſignés de la main du teſtateur : au lieu que ci-devant l'écriture ou le ſeing ſimplement ſuffiſoient en faveur des deſcendans, ainſi qu'on l'apprend dans *Cambolas, liv. 1, chap. 13, Dolive, liv. 5, chap. 36*; & ſi dans ces teſtamens faits en Pays de Droit Ecrit il y a des diſpoſitions au profit de perſonnes étrangeres, autres que les deſcendans, on n'exécute que celles qui concernent leſdits enfans & deſcendans, comme il eſt porté par l'article 18 de la même Ordonnance, conforme en ce point à la Loi 26, *cod. familiæ erciſcundæ*, à la Loi 21, §. *ex imperfecto, cod. de teſtam.* & à la Novelle 107, *cap. 1.*

La cauſe pie n'a plus même aujourd'hui aucun privilege à ce ſujet, enſorte qu'on ne peut teſter ni diſpoſer à ſon profit par un teſtament de cette eſpece dans les pays de Droit Ecrit, ainſi qu'il s'évince de l'art. 16, & de l'art. 78 de ladite Ordonnance de 1735, quoiqu'auparavant on lui donnât le même privilege qu'aux enfans, du moins lorſqu'elle ne ſe trouvoit pas en

concours avec eux, comme l'obſervent *Catellan*, *liv.* 2, *chap.* 37, & *Boutaric*: *Inſtit. pag.* 248, en un mot, les diſpoſitions olographes au profit de la cauſe pie ſont aujourd'hui de nul effet; & cela a été ainſi jugé en dernier lieu par un Arrêt du Parlement de Toulouſe du 21 Avril 1747, au ſujet du teſtament du ſieur Fontanes Malherbe, qui avoit inſtitué l'Hôpital Général de cette ville de Montpellier par un teſtament écrit, daté & ſigné de ſa main.

On peut demander ſi un teſtament clos & miſtique qui ſeroit écrit, daté & ſigné de la main du teſtateur, mais où il manqueroit quelqu'une des formalités requiſes pour le rendre valable, comme s'il n'y avoit pas à l'acte de ſouſcription le nombre des témoins néceſſaire, &c. pourroit valoir comme teſtament olographe dans les Pays & dans les cas où cette forme de diſpoſer eſt admiſſible. *Henrys*, *tom.* 1, *liv.* 5, *queſt.* 3, *de l'édit. de* 1708, décide pour l'affirmative, ce qui n'eſt pas néanmoins ſans quelque difficulté; parce qu'on ne peut pas régulierement convertir une eſpece de teſtament en un autre, & que tout teſtament doit être parfait en la forme en laquelle il a été commencé & fait, comme le remarque *Ricard*; du moins il eſt hors de doute qu'un tel teſtament ſeroit nul & inutile, s'il ſe trouvoit invalable pour avoir été ouvert & cancélé par le teſtateur.

Il faut ajouter que pour ce qui concerne les formalités ou ſolemnités des teſtamens, on ſuit toujours celle du lieu où ils ont été faits, & que même les teſtamens faits en Pays étranger, ſuivant les formes qui s'y obſervent, ſont valables en France pour les biens qui y ſont ſitués; *Mainard*, *liv.* 8, *chap.* 51. *Ricard*, *tom.* 1, *part.* 1, *chap.* 5, *ſect.* 1; ce qui réſulte même de l'article 32 de l'Ordonnance de 1735, au lieu que s'il étoit queſtion de la maniere de ſuccéder, ou de partager un héritage, on ſe regle par la Coûtume des lieux où les biens ſont aſſis; & s'il s'agit de la capacité ou de l'âge du teſtateur, on ſe regle par la Coûtume de ſon domicile, comme nous l'avons déja expliqué, en parlant de la diverſité des Coûtumes, ſur le Titre II. du Livre premier, §. 2.

§. 4, 5 & 6.

Il n'a jamais été queſtion en France, comme nous l'avons déja dit, de l'appoſition des ſceaux ou cachets des témoins dans les teſtamens, ni que le nom de l'héritier fût écrit de la main du teſtateur, ou de l'un des témoins; ainſi les paragraphes 4 & 5, ne ſont d'aucun uſage parmi nous; mais il n'en eſt pas de même du paragraphe 6, qui parle des qualités des témoins claſſiques ou teſtamentaires: car par l'article 39, de l'Ordonnance de 1735, les témoins dans les teſtamens & autres actes à cauſe de mort doivent être âgés de vingt ans accomplis pour ce qui regarde les Pays Coûtumiers, conformément à l'article 289, de la Coûtume de Paris, & dans les Pays de Droit Ecrit ils doivent être puberes, c'eſt-à-dire, qu'ils doivent avoir quatorze ans

ans complets, conformément à la Loi 20, *ff. qui teſtam. facere poſſunt.*

L'article 40, qui ſuit, veut auſſi que les témoins ſoient mâles, regnicoles, & capables des effets civils, à l'exception ſeulement du teſtament militaire, dans lequel les étrangers non notés d'infâmie peuvent ſervir de témoins.

Par-là eſt abrogée l'ancienne Juriſprudence, ſuivant laquelle on avoit jugé quelquefois dans cette Province que les femmes pouvoient être témoins aux teſtamens entre enfans, ou en tems de peſte, ou en faveur de la cauſe pie, comme auſſi dans les codicilles. *Vid. Dolive, liv.* 5, *chap.* 3; *Catellan, liv.* 2, *chap.* 53.

Les témoins doivent être auſſi regnicoles dans les teſtamens faits par un François en France, n'étant pas naturel que chez les François on choiſiſſe pour ce ſujet des étrangers; & il ne peut y avoir d'exception qu'à l'égard des teſtamens militaires où les étrangers peuvent être témoins, parce que c'eſt ſouvent un cas de néceſſité : il n'importe pas au ſurplus que les témoins ſoient originaires ou habitans d'une autre Province du Royaume que celle où le teſtament s'eſt fait, pourvu qu'ils réſident dans le lieu où l'acte eſt paſſé, quoiqu'ils n'y aient pas un domicile permanent; mais ſi l'on prenoit pour témoins des gens ſans domicile & qu'on ne ſauroit trouver, ni connoître, cela rendroit le teſtament nul.

Il faut pareillement que les témoins ſoient capables des effets civils; ainſi ceux qui ſont condamnés à des peines qui emportent la mort civile, les prodigues ou les fols interdits par Juſtice, ceux qui ont eté déclarés infâmes, & autres de cette eſpece, ne peuvent pas ſervir de témoins.

L'article 41, de l'Ordonnance de 1735, exclut auſſi les Religieux Novices ou Profès, de quelque Ordre que ce ſoit, d'être témoins aux actes de derniere volonté; en quoi le Roi s'eſt conformé à la Juriſprudence des Pays Coûtumiers, où le témoignage des Religieux comme morts civilement étoit rejetté, ainſi qu'on le voit dans *Ricard, tom.* 1, *part.* 1, *chap.* 5, *ſect.* 8, *n.* 1597, & a abrogé celle de cette Province, où l'on admettoit le témoignage des Religieux, du moins dans les cas de néceſſité, comme en tems de peſte, &c. *Cambolas, liv.* 5, *chap.* 37. *Catellan, liv.* 2, *chap.* 11.

L'article 42 de ladite Ordonnance exclut encore de pouvoir ſervir de témoins, les Clercs, ſerviteurs ou domeſtiques du Notaire, ou autre perſonne publique qui reçoit le teſtament ou codicille, ou l'acte de ſuſcription; ce qui étoit bien néceſſaire pour corriger l'abus qui s'étoit introduit en cette matiere; mais cette Ordonnance ne dit rien des témoins parens du Notaire : d'où l'on peut conclure, ce ſemble, que leur témoignage ne produiroit pas une nullité, ſauf à en induire quelque préſomption de fauſſeté ou de ſuggeſtion, ſuivant les circonſtances.

§. 7. *Sed cùm aliquis teſtamenti tempore liber eſſe exiſtimabatur, poſteà autem ſervus apparuit.*

La déciſion contenue dans ce texte paroît juſte, & il y a lieu de croire qu'on ne caſſeroit pas un teſtament dans lequel il ſe trouveroit un témoin incapable de l'être, mais qui néanmoins dans le tems de la faction du teſtament étoit publiquement reconnu pour être capable de porter témoignage.

Au ſurplus, la capacité ou incapacité des témoins ne ſe conſidere tant ſeulement qu'eu égard au tems de la faction du teſtament, ou autre diſpoſition à cauſe de mort; car ce qui a précédé ce tems-là, ou ce qui l'a ſuivi, n'eſt compté pour rien, ſuivant la Loi 22, §. 1, *ff. qui teſtam. facere poſſunt.*

§. 8, 9 & 10.

Le pere & le fils, ou deux freres, quoique ſous la puiſſance du même pere, peuvent ſans difficulté être témoins au teſtament d'un tiers, *quia nihil nocet ex unâ domo plures teſtes alieno negotio adhiberi, dict.* §. 8; mais le fils ou petit-fils non émancipés du teſtateur, ni le pere du teſtateur, fils de famille, ne peuvent pas l'être au teſtament l'un de l'autre, non plus que le frere non émancipé du teſtateur, *quia reprobatur in eâ re domeſticum teſtimonium, dict.* §. 9.

L'héritier inſtitué ne peut pas l'être non plus, ni ſon pere ſous la puiſſance duquel il ſe trouve, ni ſes enfans qu'il a en ſa puiſſance, ni ſes freres qui ſont ſous la puiſſance du même pere, à cauſe de l'intérêt que les uns & les autres peuvent y prendre, *dict.* §. 10, & cela eſt aſſez conforme à l'Ordonnance de 1735, art. 4, qui porte que les héritiérs inſtitués ou ſubſtitués ne pourront être témoins en aucun cas, & qui veut au ſurplus, art. 46, que les diſpoſitions du Droit Ecrit, en ce qui concerne les qualités des témoins, ſoient exécutées en tout ce qui n'y eſt pas dérogé.

De-là il ſuit, 1°. Que l'excluſion portée par le Droit Romain obſervé dans les Pays de Droit Ecrit, n'allant pas plus loin que le pere, les enfans & les freres de l'héritier *in ejuſdem patris poteſtate*, les oncles, les couſins germains, & autres parens de l'héritier inſtitué peuvent être témoins aux dernieres diſpoſitions; car on ne ſuit point pour les teſtamens, ni même pour les contrats, quant aux témoins qui peuvent y être employés, ce que l'Ordonnance de 1667, titr. 22, art. 11, a reglé à l'égard des Enquêtes, en ce qu'elle y exclut le témoignage des parens & alliés juſqu'aux enfans de couſins iſſus de germains, &c. c'eſt-à-dire, que dans les teſtamens, ni dans les contrats, les témoins n'y peuvent pas être reprochés de la même maniere ni par les mêmes moyens de parenté qu'ils le ſont dans les enquêtes & dans les informations; car quoique, ſuivant *Catellan, liv.* 2, *chap.*

5, on les reprochât ci-devant dans les teſtamens nuncupatifs verbaux de la même façon que dans les enquêtes, cela ne ſauroit avoir lieu aujourd'hui dans les teſtamens & autres actes de derniere volonté, qui doivent tous être faits par écrit, & par conſéquent on ne peut y repocher ou objecter pour témoins d'autres parens que ceux que le Droit rejette, c'eſt-à-dire, le pere de l'héritier, ſes enfans & ſes freres, étant ſous la puiſſance du même pere, & non les oncles, couſins, & autres parens, de cet héritier.

3°. De-là il ſuit encore que l'excluſion portée par le Droit Romain n'étant fondée qne ſur l'effet de la puiſſance paternelle, laquelle a lieu dans les Pays de Droit Ecrit, quoiqu'elle ſoit inconnue dans les Pays Coûtumiers, le fils peut dans cette Province de Languedoc être témoin dans le teſtament même où ſa mere a été inſtituée héritiere, comme il a été jugé par l'Arrêt rapporté dans *Cambolas*, *liv.* 5, *chap.* 37, & que de plus, lorſque les enfans ne ſont plus ſous la puiſſance du pere, ſoit par ſa mort, ou par leur émancipation, un frere peut être témoin au teſtament où ſon frere eſt inſtitué héritier, comme il réſulte de l'Arrêt rapporté au *Journal du Palais*, *tom.* 1, *pag.* 421 : l'Ordonnance de 1735, concernant les Teſtamens, ne contient rien de contraire à cela; ainſi l'avis de *Domat*, *en ſes Loix civiles*, qui veut étendre l'excluſion aux enfans émancipés, tout comme à ceux qui ne le ſont pas, ne peut convenir tout au plus que dans les Pays Coûtumiers.

§. 2, *Legatariis autem & fideicommiſſariis, quia non juris ſucceſſores ſunt, & aliis perſonis eis conjunctis, teſtimonium non denegamus; multò magis iis qui in eorum poteſtate ſunt, vel qui eos habent & in poteſtate, hujuſmodi licentiam damus.*

L'article 43, déja cité de l'Ordonnance de 1735, après avoir dit que les héritiers inſtitués ou ſubſtitués ne pourront être témoins en aucun cas, ajoute qu'à l'égard de légataires univerſels ou particuliers, ils ne pourront l'être que par l'acte de ſuſcription du teſtament clos ou miſtique; & c'eſt à quoi il faut s'en tenir à préſent.

Pour ce qui eſt de l'héritier, l'excluſion eſt conforme au Droit Romain, & il en faut dire autant à l'égard de l'héritier ſubſtitué, *quia loco hæredis eſt, & pro ſucceſſore juris habetur*, comme l'obſerve *Vinnius* ſur le texte que nous expliquons, qu'il dit ne s'appliquer qu'aux fidéicommiſſaires particuliers, & non au ſubſtitué univerſel; cette excluſion contre l'héritier inſtitué ou ſubſtitué a lieu même dans tous les cas, ſuivant ledit article 43, & par conſéquent même à l'égard de l'acte de ſuſcription des teſtamens miſtiques, bien qu'alors ils puiſſent ignorer le contenu au teſtament; ainſi leur témoignage y doit être également rejetté, quoi qu'en diſe *Boutaric* en cet endroit, & il n'y auroit tout au plus que le pere, les enfans, ou les freres de l'héritier, ou du ſubſtitué, *non conjuncti per poteſtatem paternam*, qui

puissent servir de témoins dans l'acte de suscription du testament mistique, aux termes du Droit Romain; encore même *Vinnius* sur le paragraphe 10, de ce Titre, *in fine*, y fait-il quelque difficulté, ce semble.

Pour ce qui est des légataires ou fidéicommissaires particuliers, leur témoignage étoit ci-devant rejetté dans les Pays Coûtumiers, comme on le voit dans l'article 289, de la Coûtume de Paris, dans *Coquille*, *instit. du Droit François*, *pag.* 122, &c. au lieu qu'en Pays de Droit Ecrit il étoit toleré dans les testamens, soit purement nuncupatifs, soit nuncupatifs écrits, conformément au Droit Romain, ainsi que l'insinuent *Albert*, *verb. testament. art.* 13, *in fine*, & *Catellan*, *liv.* 2, *chap.* 5, *en passant*; mais l'Ordonnance de 1735 a pris un milieu, en n'admettant leur témoignage que dans l'acte de suscription du testament mistique tant seulement; & cela est plus conforme aux Loix, qui veulent qu'on ne puisse pas ouvertement être témoin en son fait propre. *Leg. nullus*, *ff. de testibus*; *Leg.* 9, *cod eodem.*

Le texte que nous expliquons, accorde volontiers le témoignage testamentaire aux parens des légataires, nonobstant même l'effet de la puissance paternelle, & l'Ordonnance de 1735, qui ne parle nullement des parens, ne change rien à cette décision; ainsi ce que dit *Ricard*, *tom.* 1, *chap.* 5, *sect.* 8, que les proches parens des légataires ne peuvent pas servir de témoins aux dispositions de derniere volonté, quand leurs legs sont considérables, ne sauroit gueres avoir lieu que pour les Pays Coûtumiers; & à l'égard des témoins testamentaires qui se trouvent parens communs des Parties, & parens d'ailleurs du testateur, *Catellan*, *liv.* 2, *chap.* 5, rapporte aussi un Arrêt qui a jugé leur témoignage valable.

Il est hors de doute que le Notaire, ou autre personne publique qui reçoit un testament, peut être compté dans le nombre des témoins qui y sont nécessaires, suivant la Loi 27, *ff. qui testam. facere possunt*, & suivant l'Ordonnance de 1735, art. 5 & 9, si on en excepte les cas où deux témoins seulement seroient suffisans; car alors il faudroit, outre ces deux témoins, l'intervention du Notaire, ainsi qu'il se recueille des articles 15, 23, 25, 27, & 33, de ladite Ordonnance.

Mais on peut demander si, tout comme les parens des légataires ou de l'héritier peuvent être témoins en la maniere que nous avons déja expliquée, on pourroit se servir valablement, pour retenir le testament, d'un Notaire ou autre personnne publique qui fussent proches parens de l'héritier institué, ou de celui qui y auroit un legs considérable; & l'on ne peut dissimuler qu'un tel testament seroit suspect, & péricliteroit beaucoup, suivant les circonstances, malgré les Arrêts contraires rapportés dans la suite de *Boniface*, *tom.* 3, *pag.* 51, & *par La Peyrere*, *verb. Notaire*, *n.* 39 & 44, d'autant mieux qu'on pourroit appliquer alors au Notaire l'article 63 de l'Ordonnance de Blois, qui veut que les Curés ne puissent recevoir des dispositions en leur faveur, ou de leurs parens.

A plus

A plus forte raiſon il y a lieu de dire qu'un Notaire ne peut pas recevoir un teſtament dans lequel il y auroit des libéralités à ſon profit, non plus que les Curés, ou autres perſonnes publiques, ſuivant ce qui réſulte de l'article 27, de l'Ordonnance d'Orléans, qui porte, *que les Curés, Vicaires & Gens d'Egliſe ne pourront recevoir les teſtamens & diſpoſitions de derniere volonté, eſquels aucune choſe leur ſoit donnée ou léguée*, & de l'article 63, déja cité de l'Ordonnance de Blois, qui permet *aux Curés & Vicaires de recevoir les teſtamens & diſpoſitions de derniere volonté, encore que par iceux il y ait legs à œuvres pies, pourvu que les legs ne ſoient en faveur d'eux, ou de leurs parens*; à quoi il faut ajouter que l'article 43, de l'Ordonnance de 1735, excluant totalement le témoignage des légataires, excepté pour l'acte de ſuſcription du teſtament miſtique, elle exclut *à fortiori* le Notaire d'être, pour ainſi dire, témoin ou Juge en ſon propre fait.

§. 14. *Si quis autem ſine ſcriptis voluerit ordinare teſtamentum, &c.*

Nous avons déja dit que l'uſage des diſpoſitions de derniere volonté verbales, qui avoit été reçu ci-devant dans les Pays de Droit Ecrit, n'avoit plus lieu, & étoit abrogé par l'Ordonnance de 1735, article premier, qui porte que toutes diſpoſitions teſtamentaires ou à cauſe de mort, de quelque nature qu'elles ſoient, ſeront faites par écrit; déclare nulles celle qui ne ſeront faites que verbalement, & défend d'en admettre la preuve par témoins, même ſous prétexte de la modicité de la ſomme dont il auroit été diſpoſé; & cela rend aujourd'hui inutile tout ce qu'on trouve au ſujet des diſpoſitions nuncupatives de derniere volonté, & de la réſomption qui ſe faiſoit devant le Juge, des témoins qui y avoient été préſens, dans *Maynard, liv. 5, chap. 4. Dolive, liv. 5, chap. 5. Calellan, liv. 2, chap. 4.*

Les teſtamens, s'ils ne ſont pas purement olographes, doivent être reçus par un Notaire ou autre perſonne publique, ſuivant les articles 23 & 24 de l'Ordonnance de 1735.

L'Ordonnance de Blois, art. 63, & celle d'Orléans, art. 27, donnoient aux Curés & aux Vicaires le pouvoir de recevoir les teſtamens de leurs Paroiſſiens; & l'Ordonnance de 1735, art. 25, permet également aux Curés ſéculiers & réguliers de recevoir les diſpoſitions de derniere volonté dans l'étendue de leurs Paroiſſes, mais elle reſtraint ce pouvoir ſeulement aux lieux dans leſquels les Coutumes ou Statuts les y autoriſent expreſſément, & en y appellant avec eux deux témoins; ce qui doit s'entendre, pourvu que la Loi du Pays n'en exige pas un plus grand nombre : car les Curés ne ſont point diſpenſés d'obſerver les mêmes formalités que les Notaires, ainſi qu'il s'évince de ladite Ordonnance de Blois, art. 63, & que le bon ſens le dicte.

La même Ordonnance de 1735, art. 25, permet encore la rétention des teſtamens aux Prêtres ſéculiers prépoſés par l'Evêque pour deſſervir les

Cures, pendant qu'ils les desserviront, de même qu'aux Aumôniers ou Chapelains des Hôpitaux qui sont dans cet usage, sans que les Vicaires, ajoute-t-elle, ni aucunes autres personnes Ecclésiastiques puissent le faire. Les Vicaires se trouvent donc exclus par cette derniere Ordonnance, & les Curés même, ou les Prêtres commis à la desserte des Cures, n'y sont admis que pour les lieux où les Coutumes ou Statuts les y autorisent par exprès; sur quoi on a douté s'il falloit qu'il y eût dans le lieu un Statut écrit qui y autorisât les Curés, comme dans la ville de Toulouse, &c. ou si la simple Coutume ou Usage suffisoient pour leur donner ce pouvoir: il fut jugé pour ce dernier avis par un Arrêt du Parlement de Toulouse du 4 Juillet 1739, entre Anne Dulong, femme du sieur du Pouilh, & Marie Dulong, femme du sieur Bories; cet Arrêt confirma le testament fait dans le lieu de Cadours au Diocese de Lombés le 26 Décembre 1737, par Arnaud Dulong, pere des Parties, en faveur de ladite Anne Dulong, qui avoit été retenu par Me. Bardon, Curé dudit lieu, en présence de sept témoins requis par le Droit, & signé par ledit Curé & par les témoins: le testateur n'avoit pas signé, parce qu'il étoit illittéré.

Il fut rendu un autre Arrêt audit Parlement de Toulouse le 21 Avril 1746, qui jugea la même chose au sujet du testament fait par le sieur Fournex, habitant du lieu de Roquelaure, au profit de la demoiselle Carrere son épouse; mais cet Arrêt fut attaqué au Conseil, comme contraire à la disposition de l'Ordonnance de 1735, & il fut cassé par un Arrêt du Conseil du 29 Juillet 1748; il est vrai qu'indépendamment du moyen de cassation pris de ce que dans le lieu il n'y avoit point de Coutume qui autorisât le Curé à recevoir les testamens; il y avoit un autre moyen considérable fondé sur ce que le testament n'avoit été fait qu'en présence de six témoins, y compris même le Curé recevant: cependant on peut conclure de cet Arrêt de cassation que lorsqu'il n'y a pas de Coutume locale expresse en faveur du Curé, il seroit très-imprudent aujourd'hui de ne pas employer le ministere d'un Notaire pour la rétention d'un testament.

Par l'article 26, de l'Ordonnance de 1735, le Curé ou le Desservant sont tenus encore d'abord après la mort du testateur, s'ils ne l'ont fait auparavant, de déposer le testament chez le Notaire du lieu, & s'il n'y en a point, chez le plus prochain Notaire Royal, sans que ledit Curé ou Desservant en puissent délivrer aucunes expéditions, à peine de nullité desdites expéditions, &c. & cela étoit aussi d'usage avant cette Ordonnance. *Catellan, liv.* 2, *chap.* 54.

TITRE XI.

De militari Teſtamento.

Quoquo modo voluntas ejus ſuprema inveniatur, valet teſtamentum ex voluntate ejus.

L'ORDONNANCE de 1735 a reſtraint la trop grande faveur du Droit Romain pour les teſtamens militaires; on ne recevoit pas dans les Pays de Coutume la preuve vocale de ces teſtamens, comme on le voit dans *Brodeau ſur Louet, lettre T. chap.* 8. *Ricard, tom.* 1, *part.* 1, *chap.* 5, *ſect.* 10; mais dans les Pays de Droit Ecrit il ſuffiſoit que la volonté du Soldat fût établie *quoquo modo*, ſoit par ſon écriture ſans ſeing, ou par l'écriture d'un tiers ſignée par le Soldat, ou en défaut d'écriture par deux témoins. *Maynard, liv.* 5, *chap.* 17. *Catellan, liv.* 2, *chap.* 54, *& Boutaric, Inſtit. hoc loco.*

Cela ne peut plus avoir lieu aujourd'hui, les teſtamens militaires doivent être par écrit, & on n'en recevroit pas dans ce Royaume la preuve par témoins; l'Ordonnance de 1735, art. 27 & 28, a reglé que les teſtamens & diſpoſitions à cauſe de mort de ceux qui ſervent dans les armées du Roi, en quelque Pays que ce ſoit, peuvent être faits ſeulement en préſence de deux Notaires ſans témoins, ou d'un Notaire avec deux témoins, ou en préſence de deux Majors, ou autres Officiers d'un rang ſupérieur, ou de l'un deſdits Officiers avec deux témoins; & qu'en cas que le teſtateur ſoit malade ou bleſſé, il peut auſſi teſter en préſence d'un Aumônier des Troupes ou des Hôpitaux avec deux témoins; que le teſtateur doit ſigner ſa diſpoſition de derniere volonté, s'il ſait ou peut ſigner, & qu'au cas qu'il déclare ne ſavoir ou ne pouvoir le faire, il en ſera fait mention; qu'elle ſera pareillement ſignée par celui ou ceux qui la recevront, & par les témoins, ſans pourtant qu'il ſoit néceſſaire d'appeller des témoins qui ſachent & puiſſent ſigner, ſi ce n'eſt lorſque le teſtateur ne ſaura ou ne pourra le faire, & qu'à la réſerve de ce cas il ſuffira de faire mention de la cauſe pour laquelle les témoins ou l'un deux n'auroient pas ſigné.

L'article 29 de cette même Ordonnance déclare auſſi valables les teſtamens, & autres diſpoſitions à cauſe de mort, militaires, faits en quelque Pays que ce ſoit, lorſqu'ils ſeront entierement écrits, datés & ſignés par celui qui les aura faits; ce qui ne change pas grand choſe à l'ancienne Juriſprudence, ſuivant laquelle on avoit toujours jugé que le teſtament olographe de l'homme de guerre étoit valable, même en faveur des étrangers, ſuivant *Dolive, liv.* 5, *chap.* 36, &c. on peut ſeulement obſerver que cet article de l'Ordonnance, outre l'écriture & le ſeing du Soldat, y requiert ſpécialement la date.

Videlicet cùm in expeditionibus occupati ſunt.

L'Ordonnance de 1735, art. 30, a reglé dans quel cas l'homme de guerre peut jouir du privilege de teſter militairement, en la maniere qui vient d'être expliquée.

1°. Ce privilege eſt accordé à ceux qui ſont actuellement en expédition militaire & dans l'exercice actuel de la guerre, ce qui doit s'entendre, ſoit dans le Royaume, ſoit hors du Royaume, puiſqu'à l'égard de ces perſonnes il n'y a aucune ſorte de reſtriction; & cela eſt conforme au préſent texte & à la Loi 17, *cod. de teſtam. militis.* Voyez auſſi *Louet & Brodeau, lettre T. chap.* 8; *Catellan, liv.* 2, *chap.* 54.

2°. Il eſt accordé à ceux qui ſe trouvent en quartier ou en garniſon, mais hors du Royaume ſeulement; car à l'égard de l'hommme de guerre qui eſt en quatier ou en garniſon dans le Royaume, il ne peut jouir de ce privilege, à moins, dit l'Ordonnance, qu'il ne fût dans une place aſſiégée, ou dans une cidadelle, ou autres lieux, dont les portes fuſſent fermées, & communication interrompue à cauſe de la guerre; & la raiſon en eſt juſte & naturelle, parce qu'autrement on a la liberté de teſter en la forme commune & ordinaire.

De-là il réſulte qu'on ne ſuivroit pas aujourd'hui la Loi Romaine, qui vouloit que ſi celui qui avoit fait un teſtament imparfait, devenoit Soldat, ce teſtament valût par droit militaire, & *quaſi ex novâ militis voluntate, Leg.* 15, §. *teſtamentum, ff. de teſtam. militis, & §.* 4. *Inſtit eodem, & Boutaric ibid.* ſur quoi on peut voir dans *Cambolas, liv.* 6, *chap.* 37, un Arrêt qui avoit fait valoir un teſtament à peu-près de cette eſpece.

Il s'enſuit encore qu'on n'étendroit pas le privilege de teſter militairement au Soldat qui ne feroit que partir pour ſe rendre à l'armée, nonobſtant les Arrêts qu'on trouve dans *Maynard, liv.* 5, *chap.* 17, & dans *Cambolas, dic. loc.* ni au Soldat, à compter du jour que *in numeris relatus eſt*, comme le vouloit la Loi unique, *ff. de bonor. poſſeſſ. ex teſtam. militis.*

3°. Le privilege de teſter militairement eſt auſſi accordé par ladite Ordonnance à ceux qui ſont priſonniers de guerre chez les ennemis, contre le Droit Romain, *in Leg.* 8, *ff. qui teſtam. facere poſſunt*, & le §. dernier du Titre ci-après, *quibus non eſt permiſſ. facere teſtam.* Les Romains regardoient ceux qui étoient pris à la guerre comme devenus eſclaves des ennemis; mais nous tenons le contraire en France, & parmi tous les Princes Chrétiens; & à l'égard de ceux-là même qui ſont pris par des Barbares, ou par des Corſaires, nous les regardons comme ayant ſeulement perdu leur liberté de fait, mais non pas de droit, ainſi qu'il a été déja obſervé ſur le Titre III. du Livre premier, *de Jure perſonarum*, §. 4; de ſorte que le priſonnier de guerre qui eſt chez les ennemis, peut non ſeulement y teſter valablement, mais ce teſtament ſera encore déclaré valable par privilege militaire, étant bien juſte

juste de l'étendre à ceux qui par la guerre se trouvent enveloppés dans la captivité.

4°. Par l'article 31, de l'Ordonnance de 1735, le Roi a voulu que le même privilege de tester militairement eût lieu en faveur de ceux qui sans être Officiers, ni engagés dans les Troupes, se trouvent néanmoins à la suite des armées, ou chez les ennemis, à cause de leurs emplois & fonctions, soit à l'occasion du service qu'ils rendent à ses Officiers, soit à l'occasion de la fourniture des vivres & munitions de ses Troupes; & cela est conforme à la Jurisprudence antérieure, suivant laquelle on étendoit la faveur de tester militairement aux Ambassadeurs, Intendans d'armée, messagers, revendeurs, vivandiers, charetiers, valets, & autres étant à la suite des Troupes, quoiqu'ils ne fussent pas Soldats, *cùm eadem pericula subeant. Leg.* 44, *ff. de testam. militis*, *Maynard*, *liv.* 5, *chap.* 17.

§. 2. *Quin imò mutus & surdus miles testamentum facere potest.*

Ce paragraphe, suivant les Interprêtes, ne peut s'entendre que de ceux qui ne sont pas sourds & muets de naissance, mais seulement par accident, lesquels peuvent tester, pourvu qu'ils sachent écrire, en quoi les Soldats ne se trouveroient pas avoir plus de privilege que les autres; & si on vouloit l'entendre d'un testament fait par signes par un homme de guerre, sourd & muet de naissance, outre qu'on ne reçoit pas ces sortes de gens dans les Troupes, d'ailleurs l'Ordonnance de 1735, art. 2, a déclaré nulles toutes les dispositions faites par signes, encore qu'elles eussent été rédigées par écrit sur le fondement desdits signes, & avec grande raison.

Il est vrai qu'on jugeoit avant ladite Ordonnance que les testamens étoient nuls, lorsqu'ils n'étoient faits que par signes, parce que la solemnité est de l'essence des testamens; mais on jugeoit valables les légats & les fidéicommis faits par signes & certifiés par cinq témoins, conformément à la Loi 22, *cod. de fideicommiss.* on exigeoit seulement que celui qui les avoit fait par signes, ne fût pas muet de naissance, & qu'il fût simplement empêché de parler par quelque accident, comme aussi que les témoins numéraires exprimassent précisément la qualité des signes, ce qui néanmoins pouvoit induire souvent à erreur. *Vid. Cambolas*, *liv.* 3, *chap.* 12. *Maynard*, *liv.* 5, *chap.* 6.

Pour ce qui est des testamens où le testateur n'avoit disposé que par un *oui* sur l'interrogat du Notaire, on les jugeoit encore valable, pourvu que le Notaire auparavant appellé par le testateur eût rédigé par écrit ce que le testateur lui avoit fait entendre & aux témoins, que le testateur ne fût pas à l'article de la mort, & qu'après la lecture du testament à lui faite, interrogé si c'étoit sa volonté, il eût répondu *oui*; autrement le testament étoit déclaré nul. *Vid. Maynard*, *liv.* 5, *chap.* 6, *& liv.* 8, *chap.* 59; *Cambolas*, *liv.* 5, *chap.* 5. Mais aujourd'hui ces testamens où le testateur ne fe-

roit que répondre par un *oui*, ou par monosyllabes, ne pouvant s'énoncer autrement, seroient déclarés nuls, suivant l'article 5 de l'Ordonnance de 1735, qui veut que le testateur prononce intelligiblement toutes ses dispositions.

La même Ordonnance de 1735, art. 3, déclare nulles aussi les dispositions qui ne seroient faites que par lettres missives, & cela s'accorde avec la Loi 17, *ff. de jure codicil.* qui veut que des lettres missives n'aient pas même l'effet de codicille; à quoi on ne sauroit opposer la Loi 22, *cod. de fideicommiss.* qui dit qu'on peut laisser un fidéicommis *per epistolam*; parce que, suivant l'observation de *Godefroi*, *ibid.* le terme *epistola* en cet endroit ne doit s'entendre que d'un codicille qui doit être attesté & souscrit par cinq témoins. Et en effet des lettres missives ne peuvent être regardées que comme des projets; or, de simples projets de disposer ne valent rien : ainsi par des lettres missives, non plus que par des billets, quoiqu'écrits & signés de sa main, une personne ne peut faire aucune disposition de derniere volonté. *Vid. Cambolas, liv. 6, chap. 15, in fine.*

Ladite Ordonnance de 1735, art. 77, a encore abrogé & déclaré nuls les testamens & codicilles mutuels, c'est-à-dire, faits conjointement, soit par mari & femme, soit par autres personnes, lesquels étoient pourtant regardés ci-devant comme valables, ainsi qu'on peut le voir dans *Louet & Brodeau, lettre T. chap.* 10; *Catellan, liv.* 2, *chap.* 55; & la raison de cette abrogation peut être prise des contestations auxquelles la révocation de ces testamens donnoit lieu, ou de ce qu'ils induisoient même *votum captandæ mortis alienæ*, ou de ce qu'enfin ces actes étoient presque toujours l'ouvrage de la captation & de la suggestion.

§. 3, *Quod in castris fecerint testamentum non communi jure, sed quomodò voluerint, post missionem intrà annum tantùm valebit.*

L'article 32 de l'Ordonnance de 1735 a déclaré que les testamens faits *jure militari* par ceux qui n'étant ni Officiers, ni Soldats, sont néanmoins à la suite des Troupes, ou chez les ennemis, à cause de leurs emplois, &c. demeureront nuls six mois après que celui qui les aura faits, sera revenu dans un lieu où il puisse avoir la liberté de tester en la forme ordinaire, si ce n'est qu'ils eussent été faits dans les formes qui sont requises de Droit commun dans le lieu où ils auront été faits.

Mais cette Ordonnance ne décide rien à l'égard des autres testamens faits militairement par ceux qui sont véritablement Officiers, ou Soldats, dans l'exercice actuel de la guerre, ou en garnison hors le Royaume, ou dans une place du Royaume assiégée ou fermée, quant au tems pendant lequel ces testamens doivent demeurer valables; ainsi à cet égard il faut s'en tenir au Droit commun, suivant lequel le testament de l'homme de guerre *jure militari* vaut & subsiste par privilege militaire, non seulement

pendant tout le tems qu'il continue les exercices de la guerre, & qu'il vient à y mourir, mais encore pendant une année, à compter du jour qu'il a obtenu honnêtement son congé, ou qu'il a quitté le service, s'il vient à mourir dans le cours de cette année, suivant ce qui est dit dans ce paragraphe, & dans les Loix 21, 26 & 38, *ff. de testam. militis*; ce qui est aussi conforme à la doctrine de *Catellan*, *liv.* 2, *chap.* 3, *in fine*.

Si néanmoins le testament fait par le Soldat, & à la guerre, est revêtu des solemnités requises de Droit commun & ordinaire dans le lieu où il a été fait, il subsiste toujours jusqu'au décès, *dictis locis*; & par la même raison, suivant l'article 32 déja cité, le testament fait par celui qui est à la suite des armées, sans être Soldat, subsiste même après les six mois, s'il a été fait avec les formalités ordinaires du lieu où il a testé.

Les testamens faits en tems de peste sont favorisés & privilégiés, tout comme les testamens militaires; on les déclaroit valables avant l'Ordonnance de 1735, quoique les témoins n'y eussent pas assisté conjointement & tous ensemble, suivant la Loi *casus majoris*, *cod. de testam.* il n'étoit pas même absolument nécessaire que les témoins eussent vu le testateur, & on s'étoit contenté dans ce Ressort qu'ils l'eussent entendu & reconnu à la voix; *Dolive*, *liv.* 5, *chap.* 4; on y admettoit aussi pour témoins les femmes & les Religieux; mais rien de tout cela ne peut plus avoir lieu depuis ladite Ordonnance: elle se contente à la vérité de deux témoins dans ces tems calamiteux, ce qui est assez conforme à la Jurisprudence attestée par *Catellan*, *liv.* 2, *ch.* 53; mais au surplus elle veut dans l'art. 33 que les testamens en tems de peste soient faits devant deux Notaires, ou deux Officiers de Justice Royale, Seigneuriale, ou municipale, ou devant un Notaire avec deux témoins, ou devant l'un desdits Officiers aussi avec deux témoins, ou en présence du Curé, ou Desservant, ou Vicaire, ou autre Prêtre séculier ou régulier chargé d'administrer les Sacremens aux pestiférés, avec deux témoins pareillement.

L'article 34 ajoute que la disposition de derniere volonté en tems de peste sera signée par le testateur, s'il sait ou peut signer, & qu'au cas qu'il déclare ne savoir ou ne pouvoir le faire, il en sera fait mention; qu'elle sera également signée par le Notaire, l'Officier, le Curé, ou le Desservant qui la recevra, de même que par les témoins, & il exige même des témoins qui sachent signer, lorsque le testateur ne sait ou ne peut le faire, tout comme dans les testamens militaires; ces témoins doivent aussi être mâles, régnicoles, capables des effets civils, & non Religieux, comme il résulte des articles 40 & 41 de ladite Ordonnance.

Les testamens ou codicilles en tems de contagion doivent donc être par écrit, & on n'y recevroit plus les dispositions verbales de derniere volonté fondées sur la résomption des témoins, comme on le faisoit auparavant, ainsi qu'il paroît par les Arrêts de *Maynard*, *liv.* 5, *chap.* 4; *Cambolas*,

livre 6, chapitre 9; & Albert, verb. teſtament, article 10.

Ladite Ordonnance de 1735, art. 35, permet ſeulement dans le tems de peſte, & en quelque Pays que ce ſoit, les teſtamens olographes entierement écrits, datés & ſignés de la main du teſtateur, ce qui ſemble être un nouveau privilege pour les Pays de Droit Ecrit; car il n'y a point d'exemple dans les Arreſtographes de cette Province d'aucun Arrêt qui eût confirmé un teſtament olographe fait *inter extraneos*, en tems de contagion.

L'article 36 de ladite Ordonnance accorde encore le privilege des teſtamens faits en tems de peſte aux perſonnes qui ſans être attaquées ou malades de la contagion ſeroient dans les lieux infectés de cette maladie; ce qui eſt conforme à la doctrine de *Catellan*, *liv.* 2, *chap.* 53, *in fine*; quoiqu'au ſurplus, ainſi que l'obſerve cet Auteur, les formalités auſquelles la crainte de la contagion ne fait pas obſtacle, ne ſoient pas relâchées en tems de peſte: en ſorte, par exemple, que la légitime doit être laiſſée dans leſdits teſtamens aux légitimaires à titre d'inſtitution, comme il réſulte même dans l'article 54 de ladite Ordonnance, & ainſi du reſte.

Enfin la même Ordonnance, art. 37, veut que les diſpoſitions de derniere volonté dont nous venons de parler, faites en tems de peſte, demeurent nulles ſix mois après que le commerce aura été rétabli dans le lieu où le teſtateur ſe trouvera, ou qu'il aura paſſé dans un lieu où le commerce n'eſt point interdit, ſi ce n'eſt que le teſtament ou codicille fût revêtu des formalités requiſes de Droit commun & ordinaire dans le lieu où ils auront été faits.

Ricard avoit penſé que ces teſtamens faits en tems de peſte devoient ſubſiſter pendant une année après que le péril avoit ceſſé, tandis que le Préſident *Boerius* & autres Auteurs vouloient qu'il fuſſent valables même après l'année, & juſqu'au décès du teſtateur, s'ils n'étoient pas révoqués; mais il n'y a plus à diſputer depuis cette Ordonnance qui les déclare nuls après les ſix mois.

Il en ſeroit autrement, ſi le teſtament, quoique fait en tems de peſte, ſe trouvoit muni de toutes les formalités requiſes *Jure communi* dans le lieu où il a été fait; car alors il vaudroit juſqu'au décès du teſtateur, quelque tems qu'il fût écoulé dans l'intervalle; puiſqu'en effet dans les regles ordinaires le ſeul laps de tems ne révoque point les teſtamens, & n'y porte pas atteinte.

Avant l'Ordonnance de 1735 on jugeoit dans cette Province que les teſtamens faits par une perſonne malade aux champs ou à la campagne étoient valables avec cinq témoins, comme on l'apprend dans *Catellan*, *liv.* 2, *chap.* 3; & dans *Boutaric*, *Inſtit. pag.* 249; cela fondé ſur la Loi derniere, *cod. de teſtam.* qui ne ſe contentoit pourtant de cinq témoins qu'au cas qu'il eût été impoſſible d'en avoir trouvé davantage; enſorte que de cette exception

exception particuliere on en avoit fait néanmoins une regle générale : cependant on peut dire que ladite Ordonnance a abrogé assez clairement cette Jurisprudence ; car par les articles 5 & 9 elle exige sept témoins en Pays de Droit Ecrit dans tous les testamens, soit nuncupatifs écrits, soit mistiques indistinctement ; & par l'article 45 il est porté que dans les Pays & dans les cas où le nombre de deux témoins n'est pas suffisant aux testamens, il ne sera admis que des témoins qui sachent & puissent signer, lorsque lesdits testamens se feront dans les Villes & Bourgs fermés, voulant que dans les autres lieux il y ait au moins deux témoins qui sachent & puissent signer, & qu'à l'égard des témoins qui ne sauront ou ne pourront signer, il soit fait mention de leur présence & de la déclaration qu'ils en auront fait ; cet article 45 ne met de restriction & de différence pour les testamens faits à la campagne, que quant à la signature des témoins, & nullement quant au nombre requis par les articles 5 & 9 : ainsi il paroît qu'il faut dans les Pays de Droit Ecrit sept témoins pour les testamens faits aux champs, tout comme pour les autres, & que l'Ordonnance a abrogé à cet égard l'ancienne Jurisprudence de cette Province, quoique *Fromental*, *en son Recueil*, *pag.* 713, *in fine*, *& pag.* 714, soit d'un avis contraire.

Il paroît encore que quoique, suivant le Droit Romain en la Loi 21, §. 3, *cod. de testament.* le testament fait en faveur des héritiers *ab intestat*, ou de quelqu'un d'eux, fût valable dans les Pays de Droit Ecrit avec cinq témoins seulement, & qu'il révoquât même un précédent testament parfait où il y auroit eu sept témoins, fait au profit des étrangers, néanmoins comme l'Ordonnance de 1735 ne parle nullement de ce cas, & qu'au contraire dans l'article 15 elle ne diminue le nombre des témoins requis par les article 5 & 9, qu'en faveur des enfans ou descendans, le testament fait en faveur des plus proches successeurs *ab intestat* ne sauroit être valable qu'avec sept témoins dans les Pays de Droit Ecrit, fût-ce même un testament fait en faveur d'un ascendant, sauf pour les lieux où les Statuts ont réduit le nombre des témoins, ou bien si la cause codicillaire s'y trouvoit apposée, auquel cas il vaudroit simplement comme codicille ; & ceci rend inutile la dissertation faite au sujet de cette espece de testament dans *Catellan*, *liv.* 2, *chap.* 2 ; & dans *Boutaric*, *pag.* 249 ; pour savoir s'il falloit qu'il fût fait en faveur de tous les plus proches parens, ou s'il suffisoit qu'il fût fait en faveur de l'un d'entr'eux, comme on le jugeoit en effet, suivant ces mêmes Auteurs.

TITRE XII.

Quibus non est permissum facere testamentum.

Præter hos qui castrense peculium vel quasi castrense habent, si quis alius filius familias testamentum fecerit, inutile est, licèt suæ potestatis factus decesserit.

DANS les Pays Coutumiers la puissance paternelle n'ayant point lieu, les enfans de famille y peuvent faire testament, s'ils ont l'âge requis par la Coutume, des biens dont elle permet de disposer, & ils n'ont pas besoin pour cela du consentement de leur pere. *Vid. l'article 292 de la Coutume de Paris & les Commentateurs, ibid.*

Dans les Pays de Droit Ecrit au contraire on suit ce que dit ici l'Empereur Justinien ; c'est-à-dire, que quoique le fils de famille puisse librement tester de son pécule castrense ou quasicastrense sans l'avis de son pere, il peut néanmoins disposer par testament, legs, ou fidéicommis, de ses autres biens adventifs, avec le consentement même de son pere : *quia testamenti factio juris publici est. Leg. 3, ff. qui testam. facere possunt ; Catellan, liv. 2, chap. 40.*

On excepte néanmoins deux cas de cette regle. Le premier est que l'enfant de famille peut tester, sans le consentement même de son pere, entre ses enfans, & à leur profit tant seulement ; car si dans ce testament il y avoit quelque disposition au profit d'autres personnes, elle seroit inutile, & accroîtroit ausdits enfans. *Catellan, dict. loc. Ferrieres in quæst. 21 de Duranti.*

Le second cas est que le fils de famille peut faire testament en faveur de la cause pie, du consentement exprès toutefois de son pere ; car le consentement tacite ne suffiroit même pas. *Duranti & Catellan, ibid.*

Au surplus, bien que hors de ces deux cas l'enfant de famille non émancipé expressément ou tacitement ne puisse pas faire testament de ses biens adventifs, il peut néanmoins faire une donation à cause de mort du consentement de son pere, soit en faveur de son pere même, soit en faveur d'une autre personne du même consentement ; le testament même que le fils de famille feroit du consentement & en la présence de son pere avec la clause ordinaire de donation à cause de mort, vaut comme donation à cause de mort, soit en faveur du pere, ou d'autre. *Catellan, ibid.*

Il y a même un Arrêt du 4 avril 1707 qui a jugé conformément à cette doctrine, qu'un testament fait par un fils de famille en faveur de son pere, attendu qu'il contenoit la clause de donation à cause de mort étoit valable, quoique ce testament tournât au préjudice des enfans du testateur, car

l'ayeul avoit transporté lesdits biens à des étrangers ; en quoi cet Arrêt ne doit pas être tiré à conséquence.

On peut observer en passant que dans cette ville de Montpellier, suivant l'article 54 du Statut local, les femmes mariées qui n'ont point d'enfans, ne peuvent pas faire des libéralités, soit par testament ou donation, à leur mari, par le moyen même de personnes interposées, sans y appeller leurs pere & mere, ou à leur défaut leurs plus proches parens, & en leur absence un Magistrat par précaution, & il n'est permis tout au plus ausdites femmes de donner, sans observer les formalités, autre chose à leur mari que la quatrieme partie de leurs biens ; mais les femmes qui ont enfans, ne sont pas soumises à l'observation de ces formalités : on peut voir sur cela *Ranchin & Bornier*, *verb. testamentum*, *art.* 39.

§. 1, *Praterea testamentum facere non possunt impuberes.*

Par la plupart des Coutumes, & notamment par celle de Paris, art. 203 & 294, il faut avoir accompli l'âge de vingt ans pour tester de ses meubles, acquêts & conquêts immeubles, & pour tester du quint des propres il faut avoir accompli l'âge de vingt-cinq ans ; cependant si le testateur n'a ni meubles, ni acquêts ou conquêts immeubles, il peut en ce cas tester du quint de ses propres après vingt ans accomplis.

La Jurisprudence est même telle aujourd'hui, que pour regler l'âge de tester dans les Coutumes qui n'en parlent pas, on s'en tient à la Coutume de Paris, & non au Droit Romain. Voyez ce que j'ai dit à ce sujet sur le Titre *de Justitiâ & Jure*, vers la fin.

Pour ce qui est au contraire des Pays de Droit Ecrit, on y peut faire testament, suivant ce que dit ici l'Empereur Justinien, à la puberté, qui est de quatorze ans complets aux mâles, & de douze ans accomplis aux filles, mais non plutôt.

Le testament même fait le dernier jour de la douzieme ou quatorzieme année est bon & valable, quand même il se trouveroit fait d'abord après la minuit du jour précédent, *Leg.* 5, *ff. qui testam. facere possunt*, & une personne même qui seroit née le 25 Février d'une année bissextille, peut, ayant atteint le 24 Février de l'année de sa puberté, tester valablement ce jour-là, parce que ces deux jours ne sont comptés que pour un, & qu'il est vrai de dire qu'elle a testé le dernier jour de sa quatorzieme ou douzieme année.

Item furiosi, quia mente carent.

Les furieux, fols, ou imbécilles, & tous ceux qui n'ont pas l'usage libre de la raison, sont sans contredit incapables de tester & de disposer de leurs biens, tandis que leur maladie ou leur foiblesse d'esprit dure ; ainsi on reçoit toujours, *& per quoscumque testes*, la preuve de la démence,

imbécillité, ou frénésie du testateur, malgré la clause ordinaire insérée par les Notaires, portant qu'il étoit en bon sens, mémoire & entendement, sans qu'il soit besoin d'arguer le testament de faux, comme je l'ai déja remarqué ci-devant au commencement du Titre X. de ce Livre.

Cela a été jugé par plusieurs Arrêts, & notamment par un Arrêt du 24 Juillet 1692, en faveur des demoiselles Cassan, contre la demoiselle Isabeau Cassan leur sœur, femme du sieur Germain, Bourgeois de Montpellier, au sujet du testament du sieur Jacques Cassan leur frere, Correcteur en la Chambre des Comptes de ladite Ville, où celle-ci se trouvoit instituée héritiere; & par un autre Arrêt rendu en l'Audience de la Grand-Chambre le 28 Avril 1724, Président M. de Nupces.

J'ai vu encore par un Arrêt de l'année 1729 rendu en la Grand-Chambre du même Parlement de Toulouse, au rapport de M. de Comere, casser le testament fait par le sieur Aymant du Moret, habitant de Bagnere, au profit de l'Hôpital de ladite Ville, sur ce que cet homme croyoit être fille, & avoit la manie de vouloir passer pour fille, bien que sur tous les autres points cet homme parût avoir de bon sens; il alloit souvent habillé en fille, on l'avoit même vu communier en cet état, & vouloit être appellé Mademoiselle Rosette; il filoit, se formoit une gorge avec des étoupes, &c. de sorte que sur la preuve qui fut rapportée par ses cousins, le testament fut déclaré nul,

Nec ad rem pertinet, si impubes postea pubes, aut furiosus postea mentis compos factus, decesserit.

La raison de ceci est prise de ce que la capacité ou habilité du testateur à tester est généralement requise au tems que le testament est fait, sans que son testament puisse même valoir, quand bien il seroit devenu capable de tester dans la suite, car il suffit que le testament ait été nul *ab initio. Leg.* 19, *ff. qui testam. facere possunt; Leg.* 29, *ff. de reg. jur.*

La capacité du testateur est effectivement requise en deux tems, savoir, au tems qu'il a fait son testament, & au tems de sa mort; car au surplus les tems ou intervalles intermédiaires ne nuisent point, & ne sont d'aucune considération pour regler la capacité ou incapacité.

Quand nous disons néanmoins que la capacité du testateur est nécessaire au tems de sa mort, c'est avec cette distinction remarquable, que si l'incapacité qui ste survenue au testateur depuis qu'il a fait son testament, ne procede que de quelque défaut naturel, comme s'il étoit devenu sourd & muet, étant illitteré, ou déclaré prodigue ou insensé, le testament fait avant ce tems-là ne laissera pas de subsister & d'avoir son exécution : §. 3. *infrà hoc titulo; Leg.* 6, §. 1, *Leg.* 18; *& Leg.* 20, §. 4, *ff. qui testam. facere possunt.*

Et

Et il en eſt de même de la Profeſſion Religieuſe du teſtateur, car le teſtament qu'il avoit fait auparavant ſubſiſtera.

Si au contraire l'incapacité où le teſtateur ſe trouve au tems de ſa mort, procede de quelque indignité ou mort civile qu'il ait encourue par ſes crimes & par ſa condamnation, qui ait changé ſon état, le teſtament fait auparavant par lui, quoique valable *ab initio*, demeurera néanmoins nul & ſans effet, *Leg.* 8. §. 1, *ff. qui teſtam. facere poſſunt*, & §. 4, *infrà quib. mod. teſtam. infirmantur* : ainſi le condamné à mort ou aux autres peines qui emportent mort civile, non ſeulement ne peut pas teſter, mais le teſtament même qu'il auroit fait avant ladite condamnation, eſt annullé, *& irritum fit.*

Mais ſi un prévenu ayant été condamné par Sentence vient enſuite à mourir pendant l'appel, le teſtament par lui fait dans cet intervalle, ou autre qu'il auroit fait auparavant, vaut & a ſon effet, parce que l'appel ayant éteint le jugé, il meurt *integri ſtatûs*, *Leg.* 13, §. 2, *ff. qui teſtam. facere poſſunt*, ſuivant les principes que nous avons établis ſur le paragraphe 10 du Titre *de nuptiis*, au Livre premier ; il faut ſeulement excepter de cette regle ceux qui ſeroient condamnés ou accuſés de ces ſortes de crimes dont il eſt parlé dans le titre 22 de l'Ordonnance Criminelle de 1670, & pour leſquels on fait le procès à la mémoire du défunt ; parce que dans ceux-là le crime n'eſt pas éteint par la mort, & qu'alors la validité du teſtament dépend de l'événement qu'aura l'accuſation.

De plus, le teſtament qui ſe trouve annullé par la condamnation poſtérieure à la mort civile prononcée contre le teſtateur, reprend ſa premiere force, lorſque le teſtateur avant ſon décès vient à être rétabli dans ſon premier état par la grace du Prince, ou autrement. §. 6, *infrà quib. mod. teſtam. infirmantur.*

§. 2. *Item prodigus, cui bonorum ſuorum adminiſtratio interdicta eſt teſtamentum facere non poteſt ; ſed id quod anteà fecit, ratum eſt.*

Il a été jugé par un Arrêt rapporté dans *Cambolas*, *liv.* 5, *chap.* 50, que le teſtament fait par un prodigue interdit en faveur de ſes enfans, comme auroit pu faire un homme de bons ſens, étoit valable ; ce qui eſt auſſi conforme à la Novelle 39 de l'Empereur Léon. On trouve auſſi dans *Maynard*, *liv.* 7, *chap.* 19, un Arrêt qui confirma le teſtament d'un prodigue déclaré tel, fait en faveur de la cauſe pie ; mais quant à ce dernier Arrêt, il faut ſuppoſer ſans doute que cet homme n'avoit que des parens extrêmement éloignés, & qu'en un mot c'étoit un teſtament fait de bon ſens.

§. 3. *Item ſurdus & mutus non ſemper teſtamentum facere poſſunt.*

Le Droit Romain en la Loi *diſcretis*, *cod. qui teſtam. facere poſſunt*, interdiſoit aux muets de naiſſance la faculté de teſter, & ne le permettoit

qu'au muet par accident, pourvu qu'il sût écrire, & qu'il écrivît lui-même ses dispositions ; mais l'article 8 de l'Ordonnance de 1735 permet la faction du testament tant au muet de naissance que par accident, pourvu qu'ils soient en état d'écrire, & qu'ils écrivent eux-mêmes leurs dispositions : cet article porte que si le testateur ne peut parler, soit par un défaut naturel, ou autrement, il ne pourra faire de disposition à cause de mort que dans la forme portée par les articles 9 & 12. de ladite Ordonnance, c'est-à-dire, un testament mistique entierement écrit, daté & signé de sa main, le présenter ensuite clos & scellé au Notaire & aux témoins en nombre suffisant, & écrire au haut de l'acte de suscription, en leur présence, que le papier qu'il leur présente, est son testament, en suite de laquelle écriture le Notaire mettra l'acte de suscription, en y faisant mention que le testateur a écrit ces mots en sa présence & celle des témoins, &c.

Cela n'empêche pas pourtant que le testateur privé de la parole, mais qui sait écrire, ne puisse faire des dispositions olographes entre ses enfans & descendans dans les Pays de Droit Ecrit, comme il est généralement permis par l'article 16 de ladite Ordonnance, ou même en faveur des étrangers dans les Pays Coutumiers, suivant l'article 19 de cette même Ordonnance.

Quant à celui qui est tout ensemble sourd & muet, soit de naissance, ou autrement, & qui ne sait écrire ni lire, étant incapable de témoigner sa volonté, il ne peut pas tester ; on trouve seulement dans *Catellan*, *liv.* 2, *chap.* 48, un Arrêt qui déclara valable le testament d'un homme sourd & muet de naissance, mais qui étoit capable par le moyen de l'écriture de toutes sortes d'affaires, ce que *Ricard*, *tom.* 1, *part.* 1, *chap.* 3, *sect.* 2, *n.* 131, a regardé comme presque impossible.

A l'égard de celui qui est seulement sourd sans être muet, comme s'il n'étoit devenu sourd qu'après avoir acquis l'usage de la parole, il peut faire testament, puisqu'il peut expliquer ses intentions, & à plus forte raison s'il sait écrire ; & en effet il n'y a pas de difficulté qu'une telle personne ne puisse faire un testament nuncupatif écrit, dès qu'on suppose qu'elle a l'usage libre de la parole, conformément à l'article 5 de l'Ordonnance de 1735, ou même un testament mistique & secret, dans la forme portée par l'article 9 de ladite Ordonnance, si elle sait signer & lire en outre la lettre de main, ou bien encore dans la forme prescrite par l'article 12 de la même Ordonnance, si elle sait écrire.

§. 4. *Cæcus autem non potest facere testamentum, nisi per observationem quam Lex divi Justini introduxit.*

Sivant la Loi *hac consultissimâ*, *cod. qui testam. facere possunt*, & suivant l'art. 7 de l'Ordonnance de 1735, l'aveugle, c'est-à-dire, celui qui l'est de naissance, ou qui par quelque accident n'a pas l'usage de la vue lors du testament qu'il veut faire, car c'est la même chose, ne peut faire qu'un

teſtament nuncupatif écrit, publiquement, pardevant Notaire, & en préſence de témoins, en appellant à ſa diſpoſition un témoin ſurnuméraire au-delà du nombre ordinaire, & il ne peut point faire en aucune façon de teſtament miſtique ou ſecret, à cauſe des ſurpriſes qu'on pourroit pratiquer à ſon égard ; ce qui a lieu, quand même ce ſeroit un pere qui teſteroit en faveur de ſes enfans, ou deſcendans : mais quand un aveugle teſte ainſi ouvertement entre ſes enfans, on le diſpenſe des autres formalités, & deux témoins ſuffiſent à ſon teſtament. *Cambolas*, *liv.* 4, *chap.* 34 ; *Dolive*, *liv.* 5, *chap.* 6.

J'ai agité au Parlement de Toulouſe la queſtion de ſavoir, ſi dans les lieux où le Statut local n'exige que deux témoins, l'aveugle qui ne teſte pas *inter liberos*, peut teſter valablement, en appellant ſeulement un témoin ſurnuméraire, c'eſt-à-dire, un troiſieme témoin, & ſi dans ce cas le Notaire peut encore repréſenter ce troiſieme témoin : c'étoit dans un procès où j'avois inſtruit en qualité d'Avocat entre Arnaud du Breuil & Gaſpard Laforge, au ſujet du teſtament de Jeanne Laforge aveugle, fait par cette femme qui n'avoit point d'enfans, dans la ville de Toulouſe où le Statut ne requiert que deux ou trois témoins ; mais malgré la déciſion du Préſident *Boerius*, *quæſt.* 240, *n.* 20, qui tient que quoique le Statut local ait reſtreint le nombre des témoins, cela ne peut pas s'appliquer au teſtament de l'aveugle, & qu'il ne peut teſter qu'avec le nombre des témoins preſcrit par la Loi *hac conſultiſſimâ*, l'Arrêt qui intervint à la Grand-Chambre, au rapport de M. de Cambon, le 24 Juillet 1728, confirma le teſtament de cette femme aveugle, quoiqu'il n'y eût que deux témoins & le Notaire, par où l'on jugea encore que le Notaire pouvoit y ſervir de troiſieme témoin.

§. 5. *Ejus qui apud hoſtes eſt, teſtamentum quod ibi fecit, non valet, quamvis redierit.*

Le teſtament fait par un homme, avant qu'il eût été pris par les ennemis ou fait captif par des infideles, vaut ſans difficulté, ſoit qu'il vienne à être racheté, ou qu'il meure captif, comme il eſt dit dans ce paragraphe ; & quant au teſtament fait durant la captivité, ou tandis qu'on eſt fait priſonnier de guerre, l'Ordonnance de 1735, art. 30, a décidé qu'il étoit également valable, ainſi que je l'ai déja remarqué ci-deſſus au Titre *de militari teſtamento.*

On peut ajouter que les étrangers non naturaliſés ne peuvent pas par les Loix du Royaume diſpoſer par teſtament des biens qu'ils ont en France, & ne peuvent pas avoir aucun héritier, ni teſtamentaire, ni même *ab inteſtat*, deſdits biens ; car l'authentique *omnes peregrini*, *cod. communia de ſucceſſ.* eſt abrogée dans ce Royaume, & c'eſt le Roi qui en profite, en vertu du droit qu'on appelle droit d'aubaine ; on en excepte pourtant

la Province de Languedoc, où le droit d'aubaine n'a pas lieu, suivant les privileges qui lui ont été accordés par les Rois Louis XI. & Charles XII. *Vid. Maynard, liv. 4, ch. 57; La Roche & Graverol, liv. 6, titr. 9;* il y a aussi plusieurs autres Villes & personnes exemptes de ce droit, comme l'on peut voir dans *Bacquet, traité du droit d'aubaine, part. 1, chap. 8, & suiv.*

On excepte encore de cette regle les étrangers qui ont des enfans ou parens nés & demeurans en France, car ceux-ci peuvent leur succéder; & on excepte encore les étrangers qui sont dans le cas des Ordonnances de 1463, 1569 & 1583, qui permettent aux Marchands étrangers fréquentant les Foires de Lyon, &c. de tester, & à leurs héritiers légitimes de leur succéder *ab intestat. Vid. Bacquet, traité du droit d'aubaine, chap. 15, 18, 19, 26, 27, &c. Ricard, tom. 1, part. 1, chap. 3, sect. 4, n. 209, & suiv.*

Les Religieux Profès ne peuvent pas non plus tester de leurs biens, & la succession *ab intestat* est ouverte par leur Profession Religieuse; ils peuvent pourtant, avant qu'ils aient fait leurs Vœux & leur Profession solemnelle, & pendant le tems de leur Noviciat, disposer de leurs biens par testamment, ou autrement, *Maynard, liv. 7, ch. 18; Ricard, tom. 1, part. 1, ch. 3, sect. 18, n. 108;* mais suivant l'Ordonnance de 1735, art. 21, s'ils n'ont fait qu'une disposition ou testament olographe dans le cas où il est permis d'en faire, ils doivent alors reconnoître ces dispositions olographes pardevant Notaire, & par un acte public, avant que de faire leur profession, à peine de nullité; ce qui est ainsi établi, afin d'obvier aux fraudes qu'il seroit facile de pratiquer, en donnant telle date qu'on voudroit au testament olographe.

TITRE XIII.

De Exhæredatione liberorum.

Qui filium in potestate habet, curare debet ut eum hæredem instituat, vel exhæredem nominatim faciat, alioquin si eum silentio præterierit, inutiliter testabitur.

LA prétérition de quelqu'un des enfans du testateur, soit émancipés, ou non, ou même le défaut de l'instituer héritier en ce qu'on lui laisse, rend le testament nul & inutile, suivant ces termes de la Novelle 115, *cap. 3: Sancimus non licere penitùs patri vel matri, aut avio, vel aviæ, filium suum, vel filiam suam, vel cæteros liberos præterire, aut exhæredes in suo testamento facere, nec si per quamlibet donationem, vel legatum, vel fideicommissum, vel alium quemcumque modum eis dederit, Legibus debitam portionem*

portionem, nisi forsam probabuntur ingrati, & ipsas nominatim ingratitudinis causas parentes suo inseruerint testamento : par où cette Novelle a abrogé la Novelle 18 & l'authentique *novissima, cod. de inoff. testam.* qui en a été prise, & qui avoient permis de laisser la légitime à quelque titre que ce fût; ensorte qu'il faut, ou exhéréder nommément les légitimaires pour quelque cause légitime & juste qu'on doit exprimer, ou les instituer héritiers expressément en leur légitime, ou bien en ce qu'on leur légue pour leur en tenir lieu.

J'ai dit la prétérition de quelqu'un des enfans, ou le défaut de l'instituer héritier en ce qu'on lui legue, parce que le défaut d'institution équipolle à la prétérition, quelqu'ample légat qu'on lui eût d'ailleurs laissé, sans l'y instituer héritier, & qu'on tient pour prétérit & oublié le légitimaire qui n'a pas été honoré du titre d'institution, ou justement exhérédé, *qui neque hæres institutus, neque, ut oportet, exhæredatus est*, comme il est dit dans le paragraphe 12 *infrà, de hæreditat. quæ ab intest. defer.* & c'est aussi de cette façon qu'on a entendu la novelle déja citée, comme l'observe *Vinnius, hîc, n.* 1, & comme nous le dirons ci-après sur le titre *de inofficioso testamento*, §. 6.

J'ai parlé encore des enfans, soit émancipés, ou non, parce que la différence que l'ancien Droit faisoit à ce sujet entre les uns & les autres, a été ôtée par la Loi derniere, *cod. de liberis præterit. vel exhæred.* suivie par ladite Novelle 115, ainsi qu'il est dit expressément dans le paragraphe 5, du présent Titre.

L'Ordonnance de 1735 a suivi ces décisions, quant aux Pays de Droit Ecrit, dans l'article 50, qui porte que dans les Pays où l'institution d'héritier est nécessaire pour la validité du testament, ceux qui ont droit de légitime, seront institués hétitiers, au moins en ce que le testateur leur donnera; que l'institution sera faite en les appellant par leurs noms, ou en les désignant de façon que chacun d'eux y soit compris, & que cela aura même lieu à l'égard des enfans qui ne seroient pas nés au tems du testament, & qui seroient nés ou conçus au tems de la mort du testateur : ce qui est conforme à ladite Loi derniere, *cod. de liberis præterit.* qui veut également que les posthumes soient aussi nommément institués ou exhérédés.

Cet article parle de l'institution particuliere de ceux qui ont droit de légitime, & qui sont les enfans ou descendans du testateur rempliſſant le premier degré, & en défaut de descendans, les ascendans du testateur, comme nous le dirons ailleurs.

Avant l'Ordonnance de 1735 on jugeoit au Parlement de Toulouse que la légitime ne devoit être laissée à titre d'institution, que lorsqu'un étranger se trouvoit institué héritier universel dans le testament; mais que le défaut d'institution du légitimaire n'annulloit pas le testament, lorsque l'un des

enfans se trouvoit institué héritier, comme on le voit dans *Catellan*, *liv.* 2, *chap.* 33; *Boutaric*, *Instit. pag.* 307; ce qui est changé & corrigé par l'art. 50 de ladite Ordonnance, qui, en se conformant à la pureté du Droit, ne fait aucune distinction, & plus précisément encore par l'art. 54, qui porte que la disposition de l'art. 53, en ce qu'il ordonne qu'au cas de la prétérition de quelqu'un de ceux qui ont droit de légitime, le testament sera déclaré nul, sera exécuté même à l'égard des testamens faits entre enfans.

Du reste, ce n'est que dans les Pays de Droit Ecrit que l'institution particuliere des légitimaires est nécessaire, comme l'art. 50 de ladite Ordonnance de 1735 le fait assez entendre; car dans les Pays Coutumiers l'institution d'héritier n'a point lieu, suivant l'article 299 de la Coutume de Paris: c'est pourquoi il n'est pas nécessaire dans lesdits Pays que les enfans soient institués, attendu que les biens que la Coutume leur défere, leur tiennent assez lieu d'institution. On peut voir ladite Ordonnance de 1735, art. 70 & 71.

L'article 51 de la même Ordonnance de 1735 ordonne au surplus que quelque modique que soit l'effet ou la somme pour lesquels ceux qui ont droit de légitime, auront été institués héritiers, le vice de la prétérition ne pourra pas néanmoins être opposé contre le testament, encore que le testateur eût disposé de ses biens en faveur d'un étranger: sur quoi voyez ce que j'ai dit ci-après sur le paragraphe 3 du Titre XVIII. *de inofficioso testamento.*

L'article 52 de la même Ordonnance veut que ceux à qui il aura été laissé moins que leur légitime à titre d'institution, puissent dans tous les lieux & dans tous les cas en demander le supplément. *Vid. ibid.*

Et l'article 53 décide deux questions qu'on avoit formées. La premiere, si la prétérition & l'oubli de quelqu'un des légitimaires, ou le défaut de l'instituer en ce qui lui étoit laissé, annulloit simplement le testament, quant à l'institution de l'héritier universel, en le laissant subsister pour le surplus, conformément à l'authentique *ex causâ*, *cod. de liberis præterit.* ou si toutes les dispositions contenues au testament étoient annullées.

La seconde, si la clause codicillaire se trouvant apposée dans le testament, elle couvroit le vice de la prétérition ou du défaut d'institution du légitimaire.

On jugeoit au Parlement de Paris que la prétérition annulloit le testament en entier, malgré même la clause codicillaire: mais dans les Pays de Droit Ecrit on jugeoit conformément à la Novelle 115, *cap.* 3, *in fine*, & à l'authentique déja cité, que la prétérition ou défaut d'institution n'annulloit le testament que quant à l'institution universelle, & laissoit subsister les legs, fideicommis, & autres dispositions du testateur; & même si le testament contenoit la clause codicillaire, comme l'effet de cette

clauſe eſt de changer le teſtament en codicile, & de faire que les ſucceſſeurs légitimes ſoient cenſés priés de rendre l'hérédité à l'héritier inſtitué, en retenant la quarte, on faiſoit ſubſiſter l'inſtitution d'héritier en vertu de ladite clauſe.

On exceptoit ſeulement le cas où la prétérition du légitimaire auroit été ignorammment faite, comme quand le pere n'avoit pas fait mention d'un fils qu'il croyoit mort, ou d'un enfant qui n'étoit pas encore né ou conçu; car alors le teſtament étoit déclaré nul pour toutes les diſpoſitions qu'il renfermoit, nonobſtant ladite clauſe codicillaire, & ſans qu'en ce cas le teſtament pût même valoir comme codicile; on exigeoit encore pour ſoutenir le teſtament par ladite clauſe codicillaire, lorſque la prétérition avoit été faite ſciemment, que des étrangers ou des collatéraux ne ſe trouvaſſent pas inſtitués héritiers; & en un mot tout ceci ſe décidoit d'une maniere aſſez douteuſe par des préſomptions de la volonté du teſtateur: on peut voir là-deſſus *Ferrieres*, *in quaſt.* 426; *& ult. de Guypap. Cambolas*, *liv.* 3, *chap.* 31; *La Roche*, *verb. teſtament*, *art.* 3; *Catellan & Vedel*, *liv.* 2, *chap.* 6; *Boutaric*, *Inſtit. liv.* 4, *pag.* 260 *&* 261.

Mais l'Ordonnance de 1735 a retranché avec beaucoup de fondement toutes ces ambiguités, & ſans aucune diſtinction de la prétérition, ſoit ignorammment ſoit ſciemment faite, & malgré même la clauſe codicillaire, elle a voulu par ledit article 53 qu'en cas de prétérition d'aucun de ceux qui ont droit de légitime, le teſtament fût déclaré nul, quant à l'inſtitution d'héritier, ſans qu'elle puiſſe même valoir comme fidéicommis; & que ſi ladite inſtitution a été chargée de ſubſtitution, ladite ſubſtitution demeure pareillement nulle & de nul effet; le tout, encore que le teſtament contînt la clauſe codicillaire, ſans préjudice pourtant de l'exécution du teſtament, en ce qui concerne les legs & autres diſpoſitions faites par le teſtateur.

L'article 54 de ladite Ordonnance a même ajouté, que tout ceci auroit lieu également dans les teſtamens faits entre enfans, ou en tems de peſte; & on ſe contente de remarquer que ce qui eſt dit dans ces deux articles, de la nullité de la ſubſtitution dont l'inſtitution auroit été chargée, doit s'entendre tant de la ſubſtitution fidéicommiſſaire que de la ſubſtitution vulgaire qui eſt une ſeconde inſtitution, & de la pupillaire, laquelle ne ſauroit valoir, étant le teſtament du fils, qu'autant que celui du pere vaudroit, §. *Inſtit. de pupill. ſubſtit.* ce qui corrige encore la Juriſprudence du Parlement de Toulouſe, où l'on jugeoit que la ſubſtitution pupillaire ſubſiſtoit malgré le vice de la prétérition ou de l'exhérédation injuſte, comme on le voit dans *Maynard*, *liv.* 5, *chap.* 12. Voyez auſſi le Titre XVI *de pupillari ſubſtitutione*, §. 5, ci-après.

Adeò quidem ut si vivo patre filius mortuus sit, nemo hæres ex eo testamento existere possit.

Par la précaution ou le défaut d'inſtitution d'un fils né lors du teſtament, ledit teſtament eſt nul, comme nous l'avons dit, quant à l'inſtitution d'héritier ; & ce teſtament, ſuivant la plupart des Interprêtes, ne reprend pas même ſa force, quoique cet enfant vienne à mourir avant le pere teſtateur : au lieu qu'il en eſt autrement d'un poſthume né après le teſtament, qui s'y trouve prétérit, & qui vient enſuite à mourir, *vivente patre* ; car ils conviennent que par ſa mort le teſtament revit, & eſt valable.

Cependant pluſieurs tiennent que le teſtament doit également valoir & reprendre force dans le cas de la prétérition d'un enfant déja né lors du teſtament, lequel meurt enſuite avant le teſtateur ; la gloſe eſt de cet avis ſur la Loi *poſthumus* 12, *ff. de injuſto rupto*, *&c.* & je ſuis perſuadé, quoiqu'on en puiſſe dire, que la choſe ſe jugeroit ainſi, toutes les fois que le cas ſe préſenteroit, contre la déciſion de ce paragraphe, ſans faire différence d'un fils déja né lors du teſtament d'avec un poſthume né après le teſtament ; parce qu'en effet la raiſon de la Loi *poſthumus*, qui dit qu'il y a trop de ſcrupule & de ſubtilité à vouloir que le teſtament ne revive pas par le prédécès de l'enfant, eſt la même dans l'un & dans l'autre cas, ce prédécès dans tous les deux cas rendant les choſes égales.

§. 1. *Poſthumo præterito valet quidem teſtamentum, ſed poſtea agnatione poſthumi rumpitur, &c.*

Le teſtament deviendroit ſans doute nul par la naiſſance d'un poſthume qui ſe trouveroit prétérit, ou qu'on auroit omis d'inſtituer héritier particulier en ſa légitime ; & pour prévenir là-deſſus les difficultés, l'Ordonnance de 1735, art. 50, veut qu'en inſtituant ceux qui ont droit de légitime en ce qu'on leur laiſſe, l'inſtitution ſoit faite en les appellant par leurs noms, ou en les déſignant de telle maniere que chacun d'eux y ſoit compris ; ce qu'elle veut auſſi avoir lieu à l'égard des enfans qui ne ſeroient pas encore nés au tems du teſtament : & là-deſſus on peut remarquer que ſous le nom de fils ou d'enfans, les poſthumes qui n'exiſtoient pas lors du teſtament, & qui ſe trouvent nés ou conçus au tems de la mort du teſtateur, ne ſont pas ſuffiſamment déſignés, ni compris ; de ſorte qu'il faut par conſéquent parler par exprès des poſthumes, & les inſtituer en leur légitime. *Leg. ult. cod. de liberis præterit.*

Mais l'inſtitution du poſthume au ſingulier comprend même tous les poſthumes qui naiſſent ou qui ſurviennent après le teſtament, par l'égalité d'affection préſumée de la part du teſtateur pour tous les poſthumes qui lui ſont également inconnus, *Cambolas*, *liv.* 6, *ch.* 10 ; *Catellam*, *liv.* 2, *ch.* 52 ; ce

ce qui néanmoins ne paroît pas s'accorder parfaitement avec les termes de ladite Ordonnance de 1735.

L'inſtitution du poſthume ou des poſthumes comprend même tous les enfans qui ſeroient nés depuis le teſtament d'une autre femme, avec laquelle le teſtateur ſe ſeroit remarié. *Cambolas & Catellan, ibid.*

Si pourtant la femme avoit été nommée, comme ſi le teſtateur avoit dit qu'il inſtituoit le poſthume ou les poſthumes qui naîtroient de la femme avec laquelle il étoit marié, ou dont ſa femme ſe trouvoit alors enceinte, cela ne comprendroit pas les poſthumes qu'il pourroit avoir enſuite *ex aliâ uxore, Leg.* 28, *ff. de liber. & poſthum. Catellan, liv.* 2, *ch.* 52; quoiqu'en diſe *Boutaric* en cet endroit.

Du reſte, lorſque l'état d'un enfant déja né eſt en ſuſpens, comme s'il eſt condamné par contumace à une peine emportant mort civile, il faut l'inſtituer en ſa légitime, ou en ce qu'on lui laiſſera, ſous cette condition qu'il viendra à être déchargé de l'accuſation, &c.

Et de même lorſqu'un enfant eſt abſent depuis quelques années, ſans qu'on en ait eu des nouvelles, il faut pourtant l'inſtituer en ſa légitime, au cas du retour, comme je l'obſerverai ci-après au Livre III. Titre premier, §. 4.

Ideoquè ſi mulier, ex quâ poſthumus ſperabatur, abortum fecerit, nihil impedimento eſt ſcriptis hæredibus.

Ce n'eſt pas ſeulement dans le cas de l'avortement où le poſthume naît mort que le teſtament ſubſiſte, comme il eſt dit ici, mais encore le poſthume prétérit, pour rompre & annuller le teſtament, doit naître en vie & viable, c'eſt-à-dire, en âge où il puiſſe vivre naturellement: auſſi on regarde communément comme non viable un enfant qui naîtroit avant le ſeptieme mois depuis ſa conception; car la Loi 3, *cod. de poſthum. hæred. inſtit.* exige non ſeulement que l'enfant *vivus ad orbem totus proceſſerit*, mais encore qu'il ait eu une naiſſance parfaite, *perfectè natus ſit*: ce qu'on ne peut pas dire de ceux qui naiſſent avant le terme que la nature a fixé pour la naiſſance, comme avant le ſeptieme mois du moins commencé; car autrement ils ne peuvent ni rompre le teſtament, ni ſuccéder, ni faire défaillir un fidéicommis. *Vid. Maynard, liv.* 5, *chap.* 77; *Louet & Brodeau, lettre E. chap.* 5; *Ricard, des diſpoſ. condit. tom.* 2, *chap.* 5, *ſect.* 5; *Le Brun, des ſucceſſ. liv.* 1, *chap.* 4, *ſect* 1; tout comme l'on tient communément pour illégitime un enfant qui ſeroit né dix ou onze mois après la mort du mari. *Vid. Brodeau, Ricard & Le Brun, ibid.*

Mais hors de-là, pourvu que l'enfant ſoit né parfait & viable, il rompt le teſtament, & ſuccede, quand même il viendroit à mourir un moment après, *dict. Leg.* 3, *cod. de poſthum. hæred. inſtit.* ou qu'il auroit été

arraché du sein de sa mere morte, *Leg.* 141, *ff. de verbor. signif. Le Brun & Ricard, dictis locis.*

Il faut encore que le part, quoique vital ou viable, ne dégenere pas en un monstre; ce qui se peut reconnoître principalement à la tête, ou quand il porte des caracteres qui effacent ceux de l'humanité. *Vid. Le Brun, ibid. Bardet, tom.* 1, *liv.* 1, *chap.* 68.

Au reste, il faut savoir que lorsqu'un enfant prétérit, ou qui n'a pas été honoré du titre d'institution en ce qui lui a été laissé par le testateur, lui a survécu, & ne s'est jamais plaint, ou a approuvé même le testament, cela n'empêche pas pourtant que les autres enfans réduits à leur légitime, ou institués en des portions inégales, ne puissent eux-mêmes se plaindre, faire annuller le testament *ex personâ præteriti*, & demander contre sa volonté même l'ouverture de la succession *ab intestat*, sans être obligés de se contenter de leurs legs, conformément au texte de la Novelle 115, *cap.* 3, *in fine* : il n'y a que le cas où le fils prétérit étant unique ne se plaindroit pas lui-même; car alors les plus proches parens ne pourroient pas se servir de la prétérition de ce fils, ni demander la cassation du testament approuvé par l'enfant, pour exclure l'héritier institué. *Vid. Ferrieres, in quæst.* 426 *de Guypap. Catellan, liv.* 2, *chap.* 6.

§. 2. *Si filius vivo eo moriatur, incipit nepos neptisve in ejus locum succedere.*

Lorsque le testateur n'a que des petit-fils, la prétérition de quelqu'un d'eux rend aussi sans contredit son testament nul & invalable; & si ayant institué son fils, ce fils vient à prédécéder, laissant des enfans qui se trouvent prétérits, il en doit être de même, suivant ce texte, & *Vinnius, ibid.* quoique dans ce cas la question paroisse oiseuse, du moins lorsque le testateur n'avoit qu'un fils, puisque les petits-fils qui en sont descendus, succedent alors seuls & par égales parts à leur ayeul.

Mais on a demandé, si quand l'enfant a été justement exhérédé, les petits-fils doivent être institués par leur ayeul, ensorte que leur prétérition rende le testament nul : *Duperier, liv.* 2, *quest.* 8, décide la question en faveur des petits-fils, sans faire distinction si le fils exhérédé est mort avant son pere, ou s'il lui a survecu; mais les Arrêts & la plupart des Auteurs ont distingué, tout comme l'on distingue en matiere de succession : ils ont jugé que les petits-fils pouvoient se plaindre de leur prétérition, & faire annuller le testament, lorsque leur pere étoit mort avant leur ayeul, mais non autrement. *Vid. Ricard, tom.* 1, *part.* 3, *chap.* 8, *sect.* 4, *n.* 961; *Le Brun, des succeff. liv.* 3, *chap.* 5, *sect.* 2; *Maynard, liv.* 8, *chap.* 73.

Les Arrêts ont jugé encore que si l'enfant avoit été exhérédé pour s'être marié avant l'âge permis sans le consentement de son pere, les pe-

tits-fils ne pouvoient pas se plaindre, ni faire annuller le testament, encore que leur pere fût mort avant leur ayeul ; & il est vrai que les Arrêts rapportés par *Maynard*, *dic. loc.* en faveur des petits-fils, sont dans cette espece ; mais par les Ordonnances survenues depuis, & notamment celle de 1739, art. 2, & l'Edit du mois de mars 1697, les enfans nés de ces sortes de mariages sont déclarés privés, indignes, & incapables de toutes successions directes ou collatérales, & de tous les effets civils. *Ricard & Le Brun, dictis locis.*

§. 6. *Sed si in expeditione occupatus miles, &c.*

Pour ce qui est des testamens militaires, concernant la prétérition ou le défaut d'institution de ceux qui ont droit de légitime, l'Ordonnance de 1735, art. 54, a déclaré qu'elle n'entendoit rien innover à ce qui est porté par les Loix Romaines à cet égard.

Or, suivant les Loix Romaines, celui qui teste par privilege militaire, n'est pas tenu d'instituer héritiers ses enfans, ou en leur défaut ses ascendans, & il peut impunément les passer sous silence, pourvu toutefois qu'il le fasse sciemment, comme il est dit dans ce texte, dans les Loix 9 & 10, *cod. de testam. milit.* & dans la Loi 24, *cod. de inoff. testam.* car si la prétérition a été faite ignoramment par l'homme de guerre, qui croyoit, par exemple, que son fils étoit mort, le testament est nul tant pour l'institution que pour les legs, suivant les mêmes textes.

Il est vrai que lorsque le testament militaire vaut, nonobstant la prétérition sciemment faite, on détrait pourtant la légitime, telle que de droit, en faveur de l'enfant ou de l'ascendant prétérit, en faisant subsister le testament pour le surplus.

§. 7. *Mater vel avus maternus necesse non habent liberos suos hæredes instituere, aut exhæredare.*

Ce texte n'est point observé, & le silence de la mere ou des autres ascendans maternels ne vaut plus exhérédation ; de sorte que, suivant la Novelle 115, *cap.* 3, la mere & l'ayeul ou ayeule maternels sont tenus d'instituer leurs enfans, ainsi que nous l'avons déja dit, de même que le pere y est obligé.

TITRE XIV.

De Hæredibus instituendis.

L'INSTITUTION d'héritier dans les testamens est requise en pays de Droit Ecrit pour leur validité, ensorte que les testamens y prennent leur force de l'institution héréditaire qui est regardée *tanquam caput & funda-*

mentum totius teſtamenti, §. 34. *infrà*, *de legatis*, & qu'un teſtament y devient inutile & de nul effet, *in quo nemo hæres inſtituitur*, §. 2, *infrà*, *de fideicom. hæredit.* tout au plus pourroit-on regarder un tel acte comme un codicile *ab inteſtat*, en vertu de la clauſe codicillaire.

Dans les Pays Coutumiers au contraire, l'inſtitution d'hérier n'a point lieu, ſuivant l'article 299 de la Coutume de Paris, & eſt inutile pour la validité du teſtament, juſques-là qu'elle n'empêche pas même que les plus proches ſucceſſeurs légitimes ne ſoient d'abord ſaiſis des biens, en vertu de la regle, *le mort ſaiſit le vif*, & que l'héritier qui auroit été inſtitué, ne fût regardé ſimplement comme un légataire univerſel des biens dont la Coutume permet de diſpoſer, & tenu de demander aux ſucceſſeurs légitimes la délivrance de ſon legs. *Ricard*, *tom.* 1, *part.* 1, *chap.* 5, *ſect.* 5, *n.* 1482.

Il arrive quelquefois qu'une perſonne domiciliée en Pays de Droit Ecrit fait ſon teſtament en Pays Coutumier avec nomination d'un légataire univerſel, & qu'au contraire une perſonne domiciliée en Pays Coutumier teſte dans un Pays de Droit Ecrit avec inſtitution d'héritier, ou même que ces perſonnes ont partie de leurs biens ſitués dans les Pays de Coutume, & l'autre partie en Pays de Droit Ecrit: ſur quoi, & pour ſavoir comment ces teſtamens doivent être exécutés, tant pour les immeubles que pour les meubles, droits ou actions appartenans au teſtateur, il faut lire les articles 68, 69, 70, 71, 72 & 73 de l'Ordonnance du mois d'Août 1735, leſquels il ſeroit ſuperflu de rapporter ici.

Au ſurplus, il n'eſt parlé dans le titre que nous expliquons que des inſtitutions d'héritier teſtamentaire; parce que le Droit Romain en la Loi *hæreditas*, *cod. de pactis convent.* ne permettoit pas de diſpoſer d'une hérédité par contrat ou par des conventions; mais au contraire dans tout ce Royaume il eſt d'uſage & de Juriſprudence qu'on peut inſtituer un héritier non ſeulement par teſtament, mais encore dans les contrats de mariage, où il eſt libre auſſi de donner tous ſes biens préſens & à venir, comme le permet l'article 17 de l'Ordonnance des Donations du mois de Février 1731.

J'ai dit dans les contrats de mariage; car quant aux inſtitutions qui ſeroient faites par un autre contrat qu'un contrat de mariage, ce ſeroit plutôt des donations qui ne pourroient même être faites que pour les biens préſens, & qui ſeroient nulles, ſi elles renfermoient les biens à venir, comme il réſulte de l'article 15 de ladite Ordonnance de 1731: les inſtitutions contractuelles ne valent que quand elles ſont faites en faveur & dans le contrat de mariage; car hors le contrat & la faveur du mariage les pactes de ſuccéder ne valent point comme induiſant *votum captendæ mortis*. *Maynard*, *liv.* 5, *chap.* 90; *Le Brun*, *des ſucceſſ. liv.* 3, *chap.* 2.

On peut non ſeulement inſtituer un héritier dans un contrat de mariage, mais on peut ſe contenter auſſi de promettre d'inſtituer celui qui ſe marie, ou les enfans à naître du mariage; & cette inſtitution contractuelle ou cette promeſſe

ou par les libéralités d'autrui, comme nous l'avons remarqué ailleurs. J'ai entendu dire à un ancien Avocat au Parlement de Toulouse, qui n'eſt mort que depuis quelques années, que lorſqu'il commença d'entrer au Barreau, il y avoit vu agiter la queſtion de la validité d'un teſtament fait par un Villageois, dans lequel il avoit inſtitué ſon cheval poil rouge, voulant que ſondit cheval appartînt à un tel de ſes neveux, & que par Arrêt de ce Parlement ce teſtament avoit été déclaré valable, & ledit neveu maintenu en l'hérédité : il y a apparence que la ſimplicité du Villageois garantit ce teſtament ; car autrement l'Arrêt paroît un peu ſingulier, à moins qu'on ne veuille dire avec *Vinnius*, ſur le titre des Inſtitutes *per quas perſonas nobis acquiritur*, que *hæc acquiſitio fit ipſo jure ratione dominii & poteſtatis quæ facit, ut ne momento quidem aliquo res ſubſiſtat in perſonâ ejus per quem acquiritur* ; mais cet Interprête parle d'un homme eſclave, & non d'une bête, qui ne peut acquérir, ce ſemble, à ſon maître que *per fœtum*. §. 19. *Inſtit. de rerum diviſione.*

On ne doit faire aucune comparaiſon des eſclaves aux Religieux qui ſont morts civilement, & incapables des effets civils par une renonciation volontaire & glorieuſe de leur part à tous les biens du ſiecle : cependant il faut obſerver qu'en France une perſonne Religieuſe eſt incapable & exclue de toutes ſucceſſions, ſoit teſtamentaires, ou *ab inteſtat* ; on peut ſeulement lui léguer, & elle peut jouir de quelque penſion viagere, ou de quelque petit revenu qui lui en tienne lieu, ainſi que je l'ai dit ſur le §. 3, *ſuprà, de uſufructu.*

Si les Religieux Profés ſont incapables à cet égard à tous autres des effets civils, les Monaſteres ou Communautés Régulieres qu'ils compoſent, devroient, ce ſemble, l'être pareillement, c'eſt-à-dire, qu'il ne devroit pas être permis de faire à leur profit des libéralités conſidérables, & des inſtitutions d'héritier, ou des diſpoſitions univerſelles ; on trouve néanmoins quelques Arrêts qui ont autoriſé les libéralités & diſpoſitions même générales, ſoit en faveur des Monaſteres qui par leur Regle peuvent poſſéder des biens, ſoit en faveur même de ceux qu'on appelle Mendians, avec cette modification toutefois, quant à ceux-ci, qu'alors la vente des biens de l'hérédité a été ordonnée pour le prix être employé à leurs néceſſités, ou à bâtir, & à réparer leurs Maiſons ou Egliſes ; mais on a ſouvent caſſé auſſi ces diſpoſitions à titre univerſel au profit des Communautés Réligieuſes, ſur-tout quand la faveur des ſucceſſeurs légitimes a paru l'exiger, ou qu'il y a eu quelque ſuggeſtion ou captation de la part des Religieux, ou autres qui compoſent la Communauté, auquel cas on caſſe pareillement les diſpoſitions particulieres ; & un indice preſque certain de captation en cette matiere eſt, par exemple, quand le teſtateur avoit pour Confeſſeur ordinaire un Religieux de la Communauté qui doit profiter de la diſpoſition. *Vid. Ricard*,

tom. 1, *part.* 1, *chap.* 3, *sect.* 13; *Catellan*, *liv.* 2, *chap.* 97; *& Vedel son Commentateur*, *liv.* 2, *chap.* 11; *La Peyrere*, *lettre R. n.* 35.

Le Roi vient de donner au surplus un Édit du mois d'Août 1749, qui restraint extrêmement en ce point les avantages non seulement des Communautés Religieuses, mais en général de toutes les Gens de Main-morte; car par les art. 14 & suiv. de cet Édit il leur est fait défense d'acquérir, posséder, ni recevoir à l'avenir, à quelque titre que ce soit, aucuns fonds de terre, maisons, droits réels, rentes foncieres ou non rachetables, même des rentes constituées sur des particuliers, sans en avoir obtenu auparavant la permission par des Lettres Patentes de Sa Majesté duement enrégistrées; & il est défendu pareillement de faire à l'avenir aucunes donations entre-vifs, ou dispositions de derniere volonté, pour donner aux Gens de Main-morte, des biens fonds, ou autres de la qualité ci-dessus marquée, à peine de nullité, le Roi n'exceptant que les rentes constituées sur lui ou sur le Clergé, Dioceses, Pays d'États, Villes ou Communautés, qu'il permet aux Gens de Main-morte de pouvoir acquérir & recevoir, sans être obligés d'obtenir pour cela des Lettres Patentes.

Au reste, on appelle Gens de Main-morte, les Chapitres, Colleges, Séminaires, Communautés, Congrégations, Confréries, Hôpitaux, & tous autres Corps, soit Laïques, soit Ecclésiastiques, Séculiers, ou Réguliers, de quelque qualité qu'ils soient; & on les nomme ainsi par antiphrase, *eò quòd non moriantur*, comme la guerre est appellée *bellum*, *eò quòd minimè sit bellum.*

D'ailleurs, on regarde dans ce Royaume tout Corps, Confrérie, ou Communauté, comme illicite, & par conséquent incapable des effets civils, s'il n'est approuvé par Sa Majesté, c'est-à-dire, établi & autorisé en vertu des Lettres Patentes duement vérifiées & régistrées dans les Cours Supérieures; on peut voir à ce sujet *Ricard*, *dict. loc. la Déclaration du mois de Décembre* 1666, *& l'Édit du mois d'Août* 1749, que nous venons de citer, art. 1, & suiv. qui a défendu même pour l'avenir tous nouveaux établissemens de Corps, Communautés, Congrégations, & autres de cette espece, ou aucune nouvelle érection de Chapelles, ou autres titres de Bénéfices, sans une permission expresse préalablement obtenue du Roi.

In servum adulterio maculatum, à dominâ, collata hæredis institutio nullius momenti habetur.

Il semble que cette constitution de l'Empereur Antonin dont il est ici parlé, par laquelle la maîtresse d'un esclave qui étoit son adultere, n'avoit pas la liberté de l'instituer son héritier, ait pu donner lieu à cet arti le 182 de l'Ordonnance de Blois, qui punit les veuves, lorsqu'ayant des enfans d'un premier lit elles se remarient follement à des personnes indignes de leur qualité, & quelquefois à leurs valets ou domestiques, en leur ôtant la liberté de

promeſſe d'inſtituer ſont irrévocables, & valent comme des donations entre-vifs. *Maynard & Le Brun, ibid. Dolive, 3, chap.* 30.

On diſtingue pourtant les inſtitutions ou promeſſes d'inſtituer contractuelles, des donations entre-vifs expreſſes, en ce que l'inſtitution ou promeſſe d'inſtituer deviennent caduques par le prédécès de l'inſtitué ſans enfans ; *Fernand. de filiis natis ex matrimonio, part.* 7, *n.* 9, & *Catellan, liv.* 4, *chap.* 12, & on les diſtingue encore en ce qu'on permet à celui qui a fait une telle inſtitution, ou qui a promis d'inſtituer, de contracter de bonne foi, de faire des libéralités modérées à ſes autres enfans, pourvu qu'il n'excede gueres leur légitime, d'exercer quelques petites libéralités durant ſa vie, ou de faire quelques petits legs, ſans qu'il puiſſe pourtant ni inſtituer un autre héritier, ni abſorber ou aliéner les biens, ou les hypothéquer en fraude de ſa promeſſe. *Le Brun, dict. loc. Fernand. ibid. n.* 6 ; *Duperier, liv.* 2, *queſt.* 15.

Mais j'ai fait juger par un Arrêt rendu *unâ voce* en la Grand-Chambre du Parlement de Toulouſe le 11 mai 1735, que le pere qui en mariant ſon fils avoit promis de l'inſtituer ſon héritier en tous & chacun ſes biens, *diſtraction faite d'une telle ſomme pour une fille qui lui reſtoit à établir & à doter*, s'étoit lié les mains par cette réſerve d'une ſomme fixe & certaine, *& ſibi legem dixerat* ; de façon à ne pouvoir diſpoſer de rien au-delà, & que le mariage ayant été contracté ſur la foi de cette réſervation, il n'avoit pas pu par un teſtament poſtérieur charger encore ſon fils de quelques penſions viageres au profit de ſes filles, ce qui eſt aſſez conforme à la remarque de *Brodeau ſur Louet, lettre S. chap.* 9, *n.* 5.

Cependant ſi l'inſtitution ou promeſſe d'inſtituer étoient faites ſimplement aux biens que l'inſtituant auroit lors de ſa mort, les aliénations, les libéralités & les hypotheques par lui contractées ſans abus & ſans fraude ſeroient valables ; parce que cette inſtitution bornée aux biens que l'inſtituant aura lors de ſon décès, lui laiſſe une entiere liberté de diſpoſer de ſes biens pendant ſa vie, ſans abus toutefois, & témoigne aſſez que l'intention des Parties n'a été que d'ôter à l'inſtituant la liberté de ſe choiſir un autre héritier. *Vid. Duperier, liv.* 2, *queſt.* 16 ; *Boniface tom.* 4, *liv.* 5, *titr.* 1, *chap.* 10.

De plus, la réſervation expreſſément faite par celui qui en contrat de mariage inſtitue ou promet d'inſtituer, de pouvoir faire des légats, change en quelque ſorte la nature de l'inſtitution contractuelle : comme, par exemple, quand un pere en mariant ſon fils l'inſtitue ou promet de l'inſtituer ſon héritier, à la charge de payer ſes légats, ou les legs qu'il fera par ſon teſtament ; car alors, à l'exemple des inſtitutions teſtamentaires, l'inſtituant peut conſumer ou abſorber en légats juſqu'aux trois quarts de ſon hérédité, & il ſuffit que la quarte reſte à l'héritier inſtitué : ce que l'inſtituant ne pourroit pas faire pourtant des donnations entre-vifs, parce que

les réservations de cette espece sont de droit étroit. *Vid. Catellan & Vedel, liv. 2, chap. 44.*

Du reste, la promesse d'instituer faite par un pere en mariant sa fille, ne suffit pas elle seule pour rendre la succession du pere dotale, à l'effet de jouir du privilege de la Loi *assiduis*, ni pour le capital, ni pour les intérêts. *Vid. Catellan, liv. 4, chap. 22.*

Les donations ou les institutions contractuelles faites en faveur du mariage sont au surplus si fort irrévocables, qu'il n'y peut être dérogé par aucune convention postérieure des Parties, non plus qu'à aucun article des conventions matrimoniales concernant l'avantage des mariés ou de leurs enfans : ces changemens ou ces dérogations sont appellées de contre-lettres, parce qu'elles se font contre la lettre du contrat de mariage, & on les casse sur ce fondement que tout ce qui est porté par les contrats de mariage, est immuable, suivant la Coutume générale de ce Royaume. *Vid. Maynard, liv. 3, ch. 9; Louet & Brodeau, lettre C. ch. 28; la Coutume de Paris, art. 258, & les Commentateurs, ibid. & l'Ordonnance des Substitutions du mois d'août 1747, titr. 1, art. 12.*

Non seulement les pactes de succéder, mais même de ne pas succéder *in futurum*, ou les renonciations qui y sont faites par les filles, soit majeures ou mineures, dans leur contrat de mariage, moyennant la dot compétante que le pere ou la mere qui acceptent ladite renonciation à la succession future, leur constituent, sont valables en France contre la disposition du Droit Romain en la Loi *pactum, cod. de collationib.* & conformément au Droit canonique dans le chapitre *quamvis de pactis, in 6°.* ce qui n'empêche pas que la fille qui a ainsi renoncé lors de son mariage, ne succede aux pere ou mere, s'ils n'ont pas laissé d'autres enfans; ou même si y ayant lors dudit mariage des mâles, au profit desquels le pere est censé avoir stipulé ladite renonciation, ils ne sont plus en vie, lorsque le pere vient à décéder. *Vid. Ferrieres, in quæst. 192, de Guypap. Graverol sur La Roche, liv. 6, titr. 41, art. 21.*

Cela n'empêche pas non plus que la fille qui a renoncé, ne puisse demander un supplément de légitime, si elle ne l'a pas eue en entier, suivant le même *Ferrieres, in quæst. 226, de Guypap. Catellan, liv. 2, ch. 20*; ni qu'elle ne puisse être rappellée à ladite succession, & déchargée de sa renonciation par le parent qui l'a stipulée. *Ferieres, in dict. quest. 192 de Guypap.*

Hæredes instituere permissum est, tam liberos homines, quàm servos.

Ce qui est dit ici de l'institution des esclaves, est sans doute inutile en France, & ne sauroit tout au plus s'appliquer qu'aux esclaves que nous avons dans les Colonies Françoises, lesquels, ainsi que chez les Romains, acquierent à leur maître tout ce qui leur advient, ou par leur industrie,

de faire à ces nouveaux maris aucun don ni avantage, directement, ni indirectement, même de vendre ou aliéner leurs biens par aucuns contrats, au moyen desquels elles pourroient leur en faire passer le prix.

Mais, quoiqu'il en soit, il nous suffit de remarquer que ce qui est dit ici de l'institution des esclaves accusés d'adultere, s'étend à toutes les institutions, donations, légats, ou autres libéralités faites au profit de ceux ou de celles avec qui le testateur ou la testatrice auroient entretenu un commerce adultérin, de quelque état que ces personnes puissent être, suivant la Loi *Claudius Seleueus*, *ff. de quæ ut indignis*, *&c.* & la Coutume générale de ce Royaume réprouve même & défend également les institutions ou autres libéralités au profit des concubines, ce qui s'entend de toutes sortes de femmes avec lesquelles on a eu un mauvais commerce; parce que nous ne faisons en ce point aucune différence du concubinage avec l'adultere, au lieu que le concubinage étoit toléré chez les Romains, & que toutes sortes de libéralités envers les concubines y étoient permises, *Leg.* 5 *&* 31, *ff. de donationibus.* Ainsi en France l'adultere & le concubinage suffisent l'un ou l'autre pour rendre indigne ou incapable des institutions, ou autres libéralités de cette espece; & au lieu que le Droit Romain, dans le cas des institutions faites en faveur des adulteres, déféroit la succession au Fisc, plutôt par l'indignité que par l'incapacité de la personne instituée: parmi nous au contraire l'indignité est confondue avec l'incapacité, & la succession est adjugée, à l'exclusion du Fisc, aux successeurs légitimes & plus proches parens du testateur ou donateur, qui sont toujours reçus à prouver par témoins la malversation & mauvais commerce, soit adultere ou concubinage de celui ou celle qui a disposé avec la personne gratifiée; on admet même la preuve de l'adultere du testateur ou de la testatrice dans le cas où la personne envers laquelle la libéralité se trouveroit exercée, seroit actuellement mariée, & que cela iroit à troubler la paix de son mariage, & la preuve rapportée étant concluante, on casse ces dispositions. *Vid. Louet & Brodeau*, *lettre D. chap.* 43; *Ricard*, *tom.* 1, *part.* 1, *chap.* 3, *sect.* 8, *n.* 395, *jusqu'à* 417; *le Journal du Palais*, *tom.* 1, *pag.* 457; *La Roche & Graverol*, *liv.* 1, *tit.* 37, *art.* 4; *Catellan*, *liv.* 2, *chap.* 83, *& Vedel*, *ibid.*

Il y a plusieurs autres personnes à l'égard desquelles les institutions d'héritier & autres libéralités, soit entre-vifs, ou par testament, sont aussi prohibées; & entr'autres toutes les dispositions faites par les pupilles devenus adultes ou même majeurs, en faveur de leurs tuteurs, curateurs, ou autres administrateurs, pendant que l'administration dure, soit directement, ou indirectement, par personnes interposées, comme seroit la femme ou les enfans desdits tuteurs ou administrateurs, sont déclarées nulles par les Ordonnances, & l'administration est censée durer, quoique la tutelle ou curatelle soit finie, jusqu'à ce que le compte ait été rendu & clôturé, &

le reliqua payé, s'il en eſt dû. Voyez *l'Ordonnance de* 1539, *art*, 131 ; *la Déclaration d'Henri II. de l'an* 1549 ; *Maynard*, *liv.* 2, *ch.* 95 *& ſuiv. Dolive*, *liv.* 5, *chap.* 20 ; *Catellan*, *liv.* 2, *ch.* 77, *& Vedel*, *ibid.*

On excepte ſeulement les diſpoſitions faites au profit du tuteur, ou curateur, qui ſe trouveroit un aſcendant ou le plus proche parent de l'adulte, cette parenté excluant la préſomption de captation.

Les Religieux ou Religieuſes dans le Noviciat n'ont jamais pu non plus faire des diſpoſitions au profit des Monaſteres où ils étoient prêts de faire leur Profeſſion Religieuſe, ou d'un autre Monaſtere du même Ordre, de ſorte qu'en les caſſant on a toujours réduit la choſe à la ſimple dot de la Religieuſe ; & ces perſonnes pourroient encore moins le faire aujourd'hui, depuis l'Edit du mois d'août 1749. Voyez *l'article* 28 *de l'Ordonnance de Blois* ; *Ricard*, *tom.* 1, *part.* 1, *chap.* 3, *ſect.* 9, *n.* 486, *& ſuiv.*

§. 2. *Hæreditas non adita vicem perſonæ ſuſtinet, non hæredis, ſed defuncti.*

Cette maxime eſt d'uſage en France dans les inſtances de ſaiſie générale des biens d'un débiteur décédé, dans leſquelles l'hérédité vacante repréſente le défunt ; on nomme à cette hérédité un curateur, qui eſt toujours un Procureur poſtulant du Siege où l'inſtance de ſaiſie eſt pendante, auquel on ſe contente de faire prêter le ſerment en Audience de bien défendre l'hérédité jacente : ce curateur défend aux demandes des créanciers ou autres prétendans droit ſur les biens, & forme toutes les demandes que le défunt ou diſcuté auroit pu former ; & comme ce curateur n'agit que par la néceſſité de ſa charge, il n'eſt condamné aux dépens qu'en qualité de curateur, & non en ſon propre, de façon que les dépens retombent ſur l'hérédité qui repréſente le débiteur.

§. 5. *Hæreditas plerumquè dividitur in duodecim uncias quæ aſſis appellatione continentur, habent autem & hæ partes propria nomina.*

L'uſage a preſqu'entierement aboli cette partition ou diviſion de l'hérédité en douze onces, d'autant mieux qu'il eſt dit dans ce même paragraphe que le teſtateur peut faire autant de portions de ſon hérédité qu'il le trouve à propos ; nous n'avons pas même en France des termes propres & particuliers pour exprimer ce que Juſtinien appelle ici *ſextans*, *quadrans*, *&c.* nous nous ſervons ſimplement du nom de portions, deux, par exemple, ou trois portions de l'hérédité, les douze faiſant le tout, ou tout autre nombre auquel on veut les fixer.

Neque idem ex parte teſtatus, & ex parte inteſtatus decedere poteſt, niſi ſit miles.

Cette regle qui eſt reçue dans les Pays de Droit Ecrit, qu'on ne peut décéder partie avec un teſtament valable & partie *ab inteſtat*, produit cet effet, comme il eſt dit dans ce paragraphe, que ſi dans le teſtament il n'y avoit qu'un ſeul héritier inſtitué pour une partie de l'hérédité, les autres portions de l'héritage lui accroîtroient & lui appartiendroient à l'excluſion des ſucceſſeurs *ab inteſtat*; & c'eſt à ce propos que *Vinnius* en cet endroit traite la queſtion de ſavoir ſi le teſtateur pourroit défendre à cet héritier ce droit d'accroiſſement, c'eſt-à-dire, lui défendre de profiter des autres portions de ſon hérédité: ſur quoi il réſoud, que malgré cette défenſe l'héritier n'en deviendroit pas moins héritier univerſel, mais qu'il ſeroit ſeulement cenſé grévé de rendre ces portions par maniere de fidéicommis aux ſucceſſeurs légitimes.

C'eſt encore ſur la même regle qu'eſt fondé le droit d'accroiſſement, qui a toujours lieu entre pluſieurs héritiers *ex naturâ rei*, de quelque façon qu'ils aient été inſtitués, ſoit conjointement, ou ſéparément, que leurs portions ſoient marquées, ou non, & qu'ils ne ſoient même conjoints *nec re, nec verbis*, lorſqu'il y a quelque portion vacante de l'hérédité, ou par le prédécès d'un d'entr'eux avant le teſtateur, ou par ſa répudiation; tout comme nous avons dit de l'héritier particulier *in re certâ*, qu'il devient héritier univerſel, s'il n'y a pas d'autres cohéritiers, ou s'ils ſont morts, ou s'ils répudient, ou s'ils ſe trouvent incapables. *Vid. Ricard, tom.* 1, *part.* 3, *chap.* 4, *ſect.* 5, *n.* 484; *Maynard, liv.* 5, *chap.* 10; *Catellan, liv.* 2, *chap.* 35.

§. 9. *Hæres purè & ſub conditione inſtitui poteſt, ex certo tempore vel ad certum tempus non poteſt.*

La condition appoſée à l'inſtitution ne choque pas cette regle du Droit Romain, qui veut que perſonne ne puiſſe décéder *partim teſtatus & partim inteſtatus*; parce qu'on donne toujours à l'événement de la condition un effet rétroactif au jour du décès du teſtateur, ſoit qu'il s'agiſſe d'une condition qui par ſon événement doit priver l'héritier de l'hérédité, auquel cas l'héritier eſt même obligé de rendre les fruits qu'il peut avoir perçu depuis la mort du teſtateur, ſoit qu'il s'agiſſe d'une condition qui ſuſpende l'inſtitution, auquel cas la condition ſous laquelle on a été inſtitué venant à arriver, les fruits doivent pareillement appartenir à l'héritier du jour du décès du teſtateur, *conditionis eventus retrotrahitur ad tempus mortis, ut perindè habeatur, ac ſi purè facta eſſet inſtitutio*, dit *Vinnius* ſur ce texte.

Il ſemble même que, ſuivant nos uſages, on ne s'en tiendroit pas à ce qui eſt encore décidé dans ce paragraphe, ſavoir, que les inſtitutions d'héritier ne peuvent pas être faites pour commencer à un certain tems, ou pour

finir après un certain tems, mais que dans ces deux cas l'héritier doit être réputé héritier pur & simple : il y a des Auteurs qui croient que ce n'est-là qu'une subtilité qui devroit céder à la volonté du testateur ; du moins est-il certain qu'en attendant que l'héritier pût prendre l'hérédité, on pourroit nommer un curateur aux biens de la succession.

§. 10. *Si plures conditiones adscriptæ sint, si quidem conjunctim, ut puta, si illud & illud factum fuerit, omnibus parendum est ; si separatim, veluti si illud aut illud factum erit, cuilibet obtemperare satis est.*

Il est ici parlé de l'oraison ou de la particule conjunctive, de même que de la particule disjonctive, ou alternative, & de leurs effets ; la conjonctive se rencontre, quand les conditions sont jointes & liées par la particule copulative, *&*.

Au contraire, la disjonctive consiste en ce que les conditions sont séparées & disjointes par la particule, *ou*, qu'on appelle aussi alternative ; de sorte que la force de la particule conjonctive, *&*, se réduit à faire regarder plusieurs conditions comme une seule par la liaison qu'elle en forme, laquelle peut faire voir que le testateur a voulu que toutes fussent accomplies : au lieu que la particule disjonctive, *ou*, peut servir à montrer que le testateur a entendu séparer les conditions dont il a parlé, & se contenter de l'accomplissement d'une seule.

De-là vient que régulièrement la particule disjonctive, *ou*, se trouvant opposée, il suffit que l'une des conditions de l'alternative arrive, & que dans le cas de l'apposition de la particule copulative, *&*, il faut régulièrement que toutes les conditions arrivent ou soient remplies ; ce qui s'observe, tant en fait de testamens, institutions, legs, ou fidéicommis, qu'en matiere de contrats & de stipulations. *Dolive, liv.* 5, *chap.* 37 ; *Catellan, liv.* 2, *ch.* 19.

Cette regle souffre néanmoins quelques exceptions qui dépendent des circonstances & des conjectures de la volonté de celui qui dispose. *Leg.* 29, *& Leg.* 53, *ff. de verb. signif.*

Ainsi quand un testateur fait un tel ou un tel ses héritiers, légue à un tel ou à un tel, si ce sont des personnes également connues & chéries du testateur, *& inter quas non cadat ordo caritatis & successionis*, la particule disjonctive, *ou*, se change en la copulative, *&* ; de sorte que les deux personnes sont admises conjointement & par égales parts, suivant la Loi *cùm quidam, cod. de verbor. signif.* sur quoi on peut voir *Dolive, liv.* 5, *chap.* 37, *in fine. Catellan, liv.* 2, *ch.* 14, *& Vedel, ibid. Ferrieres, in quæst.* 230. *de Guypap.*

La disjonctive est pourtant considérée diversement, quand elle est mise non entre différentes personnes, mais entre diverses choses ; car alors il ne se fait point de conversion, & elle demeure toujours disjonctive : ensorte, par exemple, que plusieurs choses étant léguées, ou promises par contrat, sous la particule

ticule disjonctive, *ou*, l'héritier, ou le contractant en est quitte en baillant l'une de deux, suivant la même Loi *cùm quidam. Dolive & Vedel, dictis locis.*

La Loi *generaliter*, *cod. de instit. & substit.* fournit encore ue exemple remarquable au sujet de la particule disjonctive ; il y est dit, que lorsqu'un enfant du testateur, ou autre, est chargé de substitution envers quelqu'un, au cas qu'il vienne à mourir sans enfans, ou sans faire testament, ou sans se marier, cette particule disjonctive produit cet effet, qu'il suffit que l'un des cas ait manqué, ou, pour mieux dire, que l'une desdites conditions ait été remplie pour exclure le substitué : cependant les Arrêts rapportés par *Maynard*, *liv.* 5, *chap.* 38 ; par *Dolive*, *liv.* 5, *chap.* 37 ; & par *Catellan*, *liv.* 2, *chap.* 19 ; avoient jugé que lorsque le substitué étoit un descendant du testateur, il ne pouvoit être exclus que par l'existence des enfans de l'héritier grévé aussi descendant du testateur, quoique du reste cet héritier fût mort étant marié, ou qu'il eût fait un testament ; mais *Furgole*, *traité des testamens*, *tom.* 2, *chap.* 7, *sect.* 5, *n.* 113, *& suiv.* a remarqué que les Interprêtes, dont les Arrêts avoient suivi la décision, n'ont point entendu le véritable sens de cette Loi, qu'il n'y a aucune distinction à faire des héritiers ou substitués, descendans ou étrangers, parce que ladite Loi est générale, & n'a point pour motif la faveur des enfans, & qu'au contraire il suffit que les conditions disjonctives soient mises & apposées par forme de négative, pour que l'événement d'une seule doive faire exclure le substitué dans toute sorte de cas.

Il y a un Arrêt du 6 septembre 1731, rendu en la seconde Chambre des Enquêtes du Parlement de Toulouse, au rapport de M. de Resseguier, qui a jugé entre un héritier & un substitué non descendans du testateur, qu'il falloit distinguer en effet les conditions positives d'avec les conditions négatives, qui sont censées s'adresser à l'héritier tant les unes que les autres ; qu'ainsi étant dit, *si mon héritier meurt avant vingt-cinq ans, ou sans faire testament, je substitue, &c.* c'est comme si l'on avoit dit à l'héritier, si vous ne parvenez pas à vingt-cinq ans, ou si vous ne faites testament, je substitue, &c. & qu'il suffit alors que l'héritier soit parvenu aux vingt-cinq ans, ou bien qu'il ait fait testament, pour exclure le substitué ; que si au contraire les conditions sont positives, comme, par exemple, s'il est dit, *au cas que mon héritier épouse Jeanne ou Marie, je substitue, &c.* l'héritier doit s'abstenir d'épouser aussi bien l'une que l'autre, autrement la substitution auroit lieu. Tout consiste donc, suivant cet Arrêt, ainsi que je l'ai appris de MM. les Juges, à considérer si les conditions imposées à l'héritier sont négatives ou positives, injonctives ou prohibitives ; & ce que je viens de dire des conditions potestatives, c'est-à-dire, de celles qu'il est au pouvoir de l'héritier d'accomplir, ou non, a lieu également pour les con-

ditions caſuelles ou mixtes, n'y ayant point de différence à faire des unes avec les autres, ainſi que l'a remarqué *Vinnius* ſur le paragraphe que nous expliquons.

TITRE XV.

De vulgari Subſtitutione.

IL n'y a proprement que deux eſpeces de ſubſtitutions, ſavoir, la ſubſtitution directe, & la ſubſtitution oblique ou fidéicommiſſaire; car la ſubſtitution vulgaire ou ordinaire, comme auſſi la pupillaire, à l'exemple de laquelle la ſubſtitution exemplaire a été auſſi introduite, ainſi que ſon nom le témoigne, ſont des ſubſtitutions directes; & pour ce qui eſt des ſubſtitutions qu'on appelle compendieuſe, ſommaire, ou réciproque, ce ne ſont point d'eſpeces de ſubſtitutions différentes des premieres, puiſqu'elles ſe réſolvent par l'événément en vulgaire, pupillaire, exemplaire, ou fidéicommiſſaire, ainſi que l'obſerve *Ricard*, *tom.* 2, *des ſubſtit. chap.* 5, *n.* 187.

La ſubſtitution vulgaire ou ordinaire eſt celle qui eſt faite à un héritier inſtitué, au cas qu'il ne ſoit pas héritier, & à ſon défaut, comme s'il eſt dit, *j'inſtitue Pierre pour mon héritier, & au cas qu'il ne ſoit pas mon héritier, ou à ſon défaut, je ſubſtitue Jean*; de ſorte que dans cette ſubſtitution le ſubſtitué reçoit & prend directement les biens de la main du teſtateur, comme ſe trouvant ſubrogé à un premier héritier qui n'a pu ou qui n'a pas voulu l'être, & que cette ſubſtitution s'évanouit & devient de nul effet, dès que le premier héritier a recueilli l'hérédité.

La ſubſtitution fidéicommiſſaire ou indirecte, dont nous parlerons dans le Titre XXIII. de ce Livre, *infrà*, *de fideicommiſſariâ ſubſtitutione*, eſt au contraire une ſubſtitution dans laquelle le ſubſtitué ne prend pas directement les biens de la main du teſtateur, mais d'un précédent héritier, ou autre nommé ou appellé avant lui, comme quand il eſt dit, *j'inſtitue Pierre, & le charge de rendre à Jean, &c.* de façon qu'il faut réguliérement que celui-ci ait acquis ou recueilli les biens, pour pouvoir les rendre au ſubſtitué: en un mot, c'eſt une ſubſtitution dans laquelle le teſtateur ne cherche pas ſimplement à ſe donner un héritier en défaut du premier, mais à conſerver ſes biens, & à les faire paſſer ſucceſſivement ſur la tête de pluſieurs perſonnes appellées les unes après les autres.

La ſubſtitution pupillaire eſt celle qui eſt faite par un pere ou par un ayeul paternel à un enfant qu'il a ſous ſa puiſſance; afin que cet enfant venant à mourir dans l'âge pupillaire où il ne peut pas teſter, il ne décede pas *ab inteſtat*; & à l'inſtar de celle-ci la ſubſtitution exemplaire eſt celle que les aſcendans font à un deſcendant attaqué d'une maladie qui le prive

de pouvoir teſter, au cas qu'il vienne à mourir dans cet état : nous en parlerons dans le Titre ſuivant.

La ſubſtitution réciproque eſt celle par laquelle deux ou pluſieurs héritiers ſont ſubſtitués réciproquement entr'eux, comme quand le teſtateur a dit, *je les ſubſtitue l'un à l'autre*, ou *réciproquement*, ou qu'il s'eſt ſervi d'autres termes équipollens.

Cette ſubſtitution eſt expreſſe ou tacite, car elle eſt préſumée en effet & ſousentendue toutes les fois que ſans la ſuppoſer l'hérédité du teſtateur ne pourroit pas autrement parvenir en entier ſuivant ſon intention apparente au ſubſtitué : qu'un pere, par exemple, inſtitue ſes deux enfans, & qu'il leur ſubſtitue une tierce perſonne, ces deux enfans ſeront cenſés ſubſtitués entr'eux réciproquement, de façon que l'un décédant ſans enfans, l'autre ſera appellé à l'excluſion du tiers ſubſtitué, auſſi bien qu'à l'excluſion des héritiers, ſoit teſtamentaires, ſoit *ab inteſtat*, dudit enfant prédécédé. *Leg.* 87, §. 2, *ff. de legatis.* 2°. *Catellan*, *liv.* 2, *chap.* 25.

On préſume pareillement la ſubſtitution réciproque entre deux donataires ou légataires, lorſqu'il eſt néceſſaire, pour remplir l'intention du teſtateur, de la ſuppoſer, tout comme on la préſume entre deux ou pluſieurs héritiers, à moins que les donations ou légats ne fuſſent de deux choſes différentes, parce qu'alors la ſubſtitution réciproque ne peut pas être vraiſemblablement ſousentendue : comme, par exemple, ſi je donne ou légue 1000 liv. à l'aîné de mes neveux, & pareille ou plus grande ſomme au cadet, & qu'au cas qu'ils viennent à mourir ſans enfans, je leur ſubſtitue un tiers ; car l'un deſdits neveux venant à mourir ſans enfans après avoir reçu le legs, le ſubſtitué y ſera appellé, & le recueillera à l'excluſion de l'autre neveu ſurvivant, ſans qu'on puiſſe ſuppoſer entr'eux aucune ſubſtitution réciproque ; ou ſi le tiers ſubſtitué étoit déja prédécédé, & que par ce moyen la ſubſtitution ſe trouvât caduque, les héritiers du neveu décédé y ſuccéderoient à l'excluſion de l'autre neveu ſurvivant. *Catellan*, *liv.* 2, *chap.* 25, *infine.*

La ſubſtitution réciproque comprend en termes généraux les autres eſpeces de ſubſtitutions, c'eſt-à-dire, la vulgaire, comme auſſi la fidéicommiſſaire, ſi elle a trait de tems au-delà de la puberté, & même la pupillaire, ſi elle eſt faite entre des enfans pupilles, & enfin l'exemplaire, quand elle eſt faite entre des enfans furieux ou incapables de teſter ; enſorte que ces perſonnes ſubſtituées ſont réciproquement appellées, ſoit par la ſubſtitution vulgaire, ou par la fidéicommiſſaire, ou par la pupillaire, ou l'exemplaire, pour recueillir les biens, ſelon le cas qui ſe préſentera de l'une ou l'autre de ces ſubſtitutions, *Leg.* 4, *ff. de vulgari & pupillari* ; *Ricard*, *tom.* 2, *des ſubſtit. chap.* 5, *n.* 194 ; mais il faut pourtant prendre garde que la ſubſtitution réciproque ne comprend jamais les eſpeces de ſubſtitution qui ne

conviennent pas à tous les héritiers inſtitués & ſubſtitués réciproquement entr'eux, comme ſi l'un des enfans qui ſe trouvent réciproquement inſtitués, étoit pubere ; car cette ſubſtitution ne renfermeroit pas alors la pupillaire.

La ſubſtitution compendieuſe ou ſommaire eſt celle qui étant conçue en termes généraux & directs s'étend au-delà de la puberté de l'héritier inſtitué : comme, par exemple, ſi le teſtateur a dit, *après la mort de mon héritier je ſubſtitue un tel*, ou bien *je ſubſtitue à mon héritier, au cas qu'il meure avant l'âge de vingt-cinq ans, ou ſans enfans*, ou autre condition ſemblable, ou même ſimplement, *je ſubſtitue à mon héritier*, comme nous le ferons voir ci-après.

Cette ſubſtitution eſt appellée compendieuſe, *quia compendio vel brevitate verborum* ; elle renferme en ſoi du moins en termes généraux les autres eſpeces de ſubſtitution ; ſavoir, la vulgaire, ſi l'héritier meurt avant le teſtateur, ou n'eſt pas ſon héritier ; la pupillaire, s'il meurt en pupillarité ; & la fidéicommiſſaire, s'il décede après la puberté. *Vid. Maynard, liv. 5, chap. 25, n. 4 ; Guypape, quæſt. 521 ; Ricard, des ſubſtit. part. 1, chap. 5, n. 192.*

La ſubſtitution peut même être compendieuſe, quoiqu'elle ne renfetme que la vulgaire & la fidéicommiſſaire, comme quand elle eſt faite à une perſonne qui a paſſé l'âge de puberté ; mais elle ne ſeroit pas compendieuſe, ſi elle ne renfermoit que la vulgaire & la pupillaire : comme, par exemple, s'il étoit dit, *j'inſtitue Pierre, & s'il décede en pupillarité, je lui ſubſtitue Jean* ; au lieu que quand le teſtateur a porté ſes vues au-delà de la puberté de l'héritier, ou a mis quelque condition qui aille au-delà, la ſubſtitution eſt alors véritablement compendieuſe, comme renfermant tant les ſubſtitutions directes que la ſubſtitution oblique : par exemple, s'il eſt dit, *j'inſtitue Pierre, & après ſa mort, je lui ſubſtitue Jean*, ou, *s'il meurt avant vingt-cinq ans, ou ſans enfans, je lui ſubſtitue Jean, &c.*

Il faut remarquer encore que la ſubſtitution compendieuſe prend toutes les qualités de la ſubſtitution dont l'eſpece écheoit & ſe préſente ſans rien retenir des autres ; de ſorte, par exemple, que ſi elle devient fidéicommiſſaire, elle ſera ſujette à la détraction de la quarte trébellianique, quoiqu'elle en eût été exempte, ſi elle n'eût été que vulgaire ou pupillaire, & elle ne contiendra auſſi que les biens de la ſucceſſion du teſtateur, quoique les biens propres du fils y euſſent été auſſi compris, ſi elle fût échue dans la pupillarité ; & il faut dire la même choſe de la ſubſtitution réciproque.

Dans les Pays Coutumiers, comme on ne connoît pas les inſtitutions d'héritier, on n'y connoît gueres non plus les ſubſtitutions, qui ſont, pour ainſi dire, des ſecondes inſtitutions ; ce qui n'empêche pas pourtant qu'on ne puiſſe dans leſdits Pays de Coutume, en défaut de ſon légataire univerſel,

universel, pour les biens dont la Coutume permet de disposer, en appeller un second, & un troisieme, & par-là faire une espece de substitution vulgaire, ou même le charger d'un fidéicommis, bien que la détraction de la quarte trébellianique ne soit pas reçue dans lesdits Pays Coutumiers; mais on n'y admet pas les substitutions pupillaires, parce que les peres n'y ont pas les enfans en leur puissance, non plus que les substitutions exemplaires; parce que les Coutumes déférant la succession aux plus proches successeurs & héritiers du sang, il n'est pas permis de changer ou d'intervertir cet ordre : ce n'est que dans les Pays de Droit Ecrit où ces especes de substitution ont lieu.

Potest autem quis in suo testamento plures gradus hæredum facere, ut putà, si ille hæres non erit, ille hæres esto, & deineps, &c.

Voilà l'exemple de la substitution vulgaire dont il est traité dans ce Titre, par laquelle on substitue à l'héritier institué, au cas qu'il ne prenne pas l'hérédité, & à son défaut : cette substitution renferme aussi bien le cas où l'héritier ne seroit pas en état de recueillir l'hérédité, soit pour être mort avant le testateur, ou autrement, que celui où il ne la voudroit pas & y renonceroit; car elle n'a, comme nous l'avons dit, d'autre objet que de donner un héritier au testateur; & quand même le testateur n'auroit exprimé que l'un de ces deux cas, comme s'il avoit dit *si Pierre ne peut être mon héritier, je lui substitue Jean*, on tient qu'il faut lui donner le même effet que si tous les deux cas avoient été prévus, c'est-à-dire, ouvrir également la substitution en faveur de Jean, dans le cas où Pierre répudieroit l'héritage.

De-là vient qu'on étend non seulement la substitution vulgaire d'un cas à l'autre pour se conformer à l'intention présumée du testateur, mais qu'on l'étend même à la substitution pupillaire, en jugeant que la vulgaire, lorsqu'elle est faite à un enfant pupille, comprend tacitement la pupillaire, & que la pupillaire comprend aussi tacitement la vulgaire, suivant la Loi *jam hoc jure, ff. de vulgari & pupillari.*

Il y a pourtant deux cas où la substitution vulgaire ne renferme pas tacitement la pupillaire : le premier est, lorsque cette extension iroit au préjudice de la mere du pupille survivante : ainsi lorsqu'un enfant pupille a été institué par son pere, & qu'à son défaut un tiers a été substitué, si cet enfant après avoir recueilli l'hérédité paternelle, meurt en pupillarité, laissant sa mere à lui survivante, la faveur de la mere fait cesser alors la présomption de volonté du testateur, qui est le motif de l'extension de la vulgaire expresse à la vulgaire tacite; de sorte que cette présomption venant à cesser, il ne se fait point d'extension, ou du moins elle est sans effet, & cette substitution pupillaire tacite comprise dans la vulgaire n'exclut point la mere, qui au contraire recueille tous les biens de son fils pu-

pille, & lui succede en entier à l'exclusion du substitué. *Catellan, liv. 2, chapitre 84.*

Le second cas, où la vulgaire n'est pas censée comprendre tacitement la pupillaire, est celui où la substitution vulgaire a été faite réciproquement à deux enfans dont l'un a déja passé l'âge de puberté ; comme si un pere ayant deux enfans les institue ses héritiers, & les substitue réciproquement l'un à l'autre ; car celui qui étoit pupille venant à décéder après le pere en pupillarité, l'autre enfant aîné qui étoit pubere, ne sera pas appellé par une substitution pupillaire tacite, & par conséquent n'aura pas à prétendre aux biens propres ou adventifs de son frere puisné en vertu de ladite substitution, & n'y succédera tout au plus que comme plus proche successeur *ab intestat* ; parce que la substitution réciproque ne contient pas, ainsi que je l'ai déja observé, les substitutions qui ne conviennent pas à tous les héritiers, & qu'il seroit injuste que la substitution fût vulgaire & pupillaire tout ensemble en faveur du frere aîné, tandis qu'elle seroit seulement vulgaire pour le frere cadet pupille : c'est la décision de la Loi 4, §. 2, *ff. de vulgari & pupillari.* Voyez *Maynard, liv. 5, chap. 42 ; Ricard, des substit. part. 1, chap. 5, n. 210.*

Le frere aîné ne sera pas non plus appellé aux biens propres de son frere cadet, si celui-ci vient à mourir après la pupillarité accomplie, puisqu'il ne peut être fait de substitution pupillaire, soit tacite, soit même expresse, à un enfant qui vient à mourir en puberté, ou qu'elle s'évanouit, dès qu'il devient pubere. Mais on demande si dans l'espece de substitution vulgaire que nous venons de proposer, le frere aîné sera fondé à demander les biens dépendans de l'hérédité du pere testateur recueillis par son frere cadet, qui ne seroit, disons-nous, décédé qu'après la puberté.

Cette question dépend, comme on le comprend assez, du point de savoir si une substitution vulgaire ou directe renferme non seulement la pupillaire pour avoir lieu dans le cas du décès de l'héritier en pupillarité, mais encore la substitution fidéicommissaire, oblique ou indirecte, dans le cas où l'héritier vient à mourir après la puberté : il n'y auroit aucune difficulté, s'il s'agissoit d'une substitution conçue en des termes qui portassent après la puberté, c'est-à-dire, d'une substitution compendieuse, laquelle renferme en termes généraux les trois especes de substitutions, savoir, la vulgaire, la pupillaire, & la fidéicommissaire, & qui par conséquent après la puberté de l'héritier institué se convertit en fidéicommis ; mais le doute vient de ce que la substitution vulgaire dont nous parlons, étant faite par le simple terme, *je substitue*, il semble que ce terme n'emporte pas nommément trait de tems au-delà de la puberté de l'héritier ; néanmoins l'usage a prévalu, & l'on juge constamment que le terme simple & absolu, *je substitue*, n'étant restraint précisément à aucun tems, il forme une substitution compendieuse qui renferme en soi la fidéicommissaire, comme on peut le

voir dans *Henrys*, *tom.* 1, *liv.* 5, *queſt.* 48; *Ricard*, *des ſubſtit. part.* 1, *ch.* 6, *n.* 254, *& ſuiv. Maynard*, *liv.* 5, *chap.* 26; ainſi dans l'eſpece propoſée le frere aîné recueillera au moins par voie de fidéicommis les biens que ſon frere cadet décédé après la pupillarité avoit reçu par le teſtament de leur pere commun.

§. 3. *Sed ſi inſtituto hæredi, cohærede ſubſtituto dato, alius ei ſubſtitutus fuerit, ad utramque partem ſine diſtinctione ſubſtitutus admittitur.*

C'eſt ſur ce texte qu'eſt fondée la regle de Droit, qui veut que celui qui eſt ſubſtitué à un précédent ſubſtitué, ſoit auſſi cenſé inſtitué au premier héritier inſtitué, *ſubſtitutus ſubſtituto eſt inſtituto ſubſtitutus* : ainſi, par exemple, après avoir inſtitué Pierre & Jean pour mes héritiers, je ſubſtitue Jean à Pierre, & je ſubſtitue encore Jacques à Jean, il eſt certain que Jacques prendra non ſeulement la portion de Jean à ſon défaut, puiſqu'il lui eſt nommément ſubſtitué, mais encore, en défaut de Pierre, la portion de celui-ci; & cela, ſans diſtinguer ſi Jean, premier ſubſtitué, ſeroit mort après Pierre, ou avant lui, & ſans diſtinguer non plus ſi Jacques avoit été ſubſtitué à Jean, avant que Jean l'eût été à Pierre, *Leg. cohæredi* 41, *ff. de vulgari & pupillari*; & cette regle dont nous venons de parler, a lieu tant aux ſubſtitutions vulgaires qu'aux fidéicommiſſaires; *Catellan*, *liv.* 2, *chap.* 71; *in fine*, pour ce qui eſt de la ſubſtitution pupillaire, il n'y a plus de doute & de controverſe pour ſavoir ſi cette maxime doit auſſi y avoir lieu. *Duperier*, *liv.* 2, *quæſt.* 5, où il traite amplement cette queſtion, penſe que ladite regle doit y être également reçue, pourvu qu'il n'y ait point de circonſtance qui y réſiſte.

§. 4. *Si ſervum alienum quis patrem-familias arbitratus.*

Boutaric a remarqué ſur ce texte, que dans les queſtions difficiles on peut uſer quelquefois de tempérament, & partager entre les Parties le différend, *nec mihi, nec tibi, ſed dividatur*; c'eſt pourtant ce que l'on appelle, *judicium ruſticorum*, *anile judicium*, & il eſt certain que ces ſortes de Jugemens ne font pas honneur aux Juges, outre qu'ils ne conviennent pas à leur dignité.

TITRE XVI.

De pupillari Subſtitutione.

Liberis ſuis impuberibus quos in poteſtate quis habet, &c.

LA ſubſtitution pupillaire eſt expreſſe ou tacite; la pupillaire expreſſe dont il eſt ici parlé, eſt celle qui eſt faite à un enfant pupille par ſon pere ou par ſon ayeul paternel, avec mention, du moins en termes équipollens,

de l'âge pupillaire : comme, par exemple, *ſi mon fils décede en pupillarité, ou avant l'âge pour pouvoir diſpoſer de ſes biens, je lui ſubſtitue un tel*, ou bien *je ſubſtitue à mon fils impubéré* ; & l'on appelle ſubſtitution pupillaire tacite, celle qui eſt tacitement compriſe dans la vulgaire, ainſi que nous l'avons obſervé dans le Titre précédent.

La ſubſtitution pupillaire, ſoit expreſſe, ou tacite, exige néceſſairement que les enfans pupilles, auxquels on ſubſtitue, ſoient ſous la puiſſance du teſtateur, & non émancipés, ni étrangers, & ils doivent être en la puiſſance du teſtateur non ſeulement lors du teſtament, mais encore lors de ſon décès ; ce qui n'empêche pas qu'on ne puiſſe néanmoins ſubſtituer pupillairement à ſes poſthumes, *quia pro jam natis habentur* : il ne ſuffit pas même que le teſtateur ait le droit de puiſſance paternelle lors du teſtament ſur celui auquel il ſubſtitue, s'il ne poſſede pleinement cette puiſſance, de façon qu'après ſon décès elle ne doive point paſſer à un autre ; & en effet l'ayeul paternel ne peut pas ſubſtituer pupillairement à ſes petits enfans, ſi par ſa mort ils doivent retomber en la puiſſance de leur pere, parce que les petits-fils demeurant en ce cas fils de famille & ſoumis à la puiſſance de leur pere, ils ſont par la Loi incapables de teſtament, & tout au plus l'ayeul peut alors leur ſubſtituer pupillairement, dans le cas où leur pere viendroit à mourir de ſon vivant, ou en émancipant auparavant ſon fils, *Leg.* 2, *in princip. ff. de vulgari & pupillari*, & *Vinnius*, *hîc*, *n.* 2 & 3. De-là il réſulte que la ſubſtitution pupillaire ne peut être faite que par le pere, ou en certains cas par l'ayeul ; car les ſubſtitutions faites par les meres, ou autres aſcendans maternels, de quelque façon qu'elles ſoient conçues, ne valent jamais que comme des ſubſtitutions vulgaires ou fidéicommiſſaires.

De même que la ſubſtitution vulgaire renferme tacitement la pupillaire, ainſi que nous l'avons déja dit, pareillement la ſubſtitution pupillaire expreſſe contient tacitement la vulgaire : ainſi par exemple, *j'inſtitue mon fils pour mon héritier, & au cas qu'il vienne à décéder en pupillarité, je lui ſubſtitue un tel*, ſi mon fils vient à décéder avant moi, & par-là n'eſt pas mon héritier, le ſubſtitué, quoiqu'appellé dans un cas qui n'eſt pas préciſement arrivé, ne laiſſera pas de me ſuccéder, comme s'il étoit ſubſtitué vulgairement ; & cela eſt certain dans l'eſpece d'une ſubſtitution pupillaire faite par un pere qui a ſon fils en ſa puiſſance ; enſorte qu'on peut dire avec le préſent texte, que *ſi non extiterit hæres filius, tunc ſubſtitutus patri fit hæres* ; mais ſi c'étoit une perſonne étrangere, ou autre que le pere, qui en inſtituant ou en léguant ſubſtituât à ſon héritier ou à ſon légataire, au cas qu'il décédât en pupillarité, cette ſubſtitution ne comprendroit pas la vulgaire, & l'héritier ou le légataire venant à mourir avant le teſtateur, la ſubſtitution s'évanouiroit, c'eſt-à-dire, que le ſubſtitué ne ſeroit point appellé, parce que la ſubſtitution pupillaire ne peut être faite que par le pere aux enfans qu'il a en ſa puiſſance, & qu'il n'y auroit donc

pas

pas de ſubſtitution pupillaire ; car le cas du décès en pupillarité, lorſque la ſubſtitution eſt faite par un étranger, ne peut être tout au plus regardé que comme une ſimple condition, & non comme une ſubſtitution pupillaire qui ſoit capable de contenir la vulgaire.

Si verò extiterit hæres filius, & antè pubertatem deceſſerit, ipſi filio ſit hæres ſubſtitutus.

Il importe beaucoup, comme l'indique ce texte, de ſavoir ſi une ſubſtitution eſt vulgaire ou pupillaire, parce que l'effet principal de la pupillaire eſt de faire que le ſubſtitué pupillairement devient l'héritier propre & univerſel du pupille qui meurt en pupillarité ; enſorte que le ſubſtitué pupillaire, fût-ce même un étranger, ſuccede alors non ſeulement aux biens que le pupille a reçu du teſtateur, y compris même ſa légitime, mais auſſi aux biens adventifs & parvenus au pupille, *aliundè quàm à patre*, à l'excluſion des ſucceſſeurs *ab inteſtat* dudit pupille, & de ſa mere elle-même. *Catellan*, *liv.* 2, *chap.* 84.

On juge auſſi que la ſubſtitution pupillaire n'étant faite qu'à une partie ſeulement des biens du pupille, elle doit être étendue à tous ſes autres biens, *ne partim teſtatus decedat pupillus, & partim inteſtatus. Cambolas*, *liv.* 6, *chap.* 19 ; *Catellan*, *liv.* 2, *chap.* 35.

Dans le cas même de la ſubſtitution pupillaire expreſſe, la mere du pupille n'a point de légitime à prétendre ſur ſes biens, car cette ſubſtitution expreſſe l'exclut non ſeulement de la ſucceſſion de ſon fils, mais même de la légitime ; & c'eſt la Juriſprudence de cette Province, quoique dans quelqu'autres Parlemens, comme à Bordeaux, on ne laiſſe pas que d'accorder une légitime à la mere ſurvivante, malgré la ſubſtitution pupillaire expreſſe : en quoi nous ſuivons la Loi 8, §. 5, *de inoff. teſtam.* en ces termes : *ſed nec impuberis filii mater inofficioſum teſtamentum dicit, quia pater ei hoc fecit* ; au lieu que quand la ſubſtitution pupillaire n'eſt que tacite & compriſe dans la vulgaire, la mere ſuccede même alors en entier à ſon enfant, à l'excluſion du ſubſtitué, comme nous l'avons remarqué ſur le Titre précédent. *Vid. Maynard*, *liv.* 5, *chap.* 25 ; *Catellan*, *liv.* 2, *chap.* 84 ; *Ricard*, *des ſubſtit. part.* 1, *chap.* 2, *n.* 60 *& ſuiv.*

Que ſi la ſubſtitution pupillaire eſt compriſe dans une ſubſtitution compendieuſe ou réciproque faite par le pere, comme cette ſubſtitution renferme expreſſément la pupillaire, du moins en termes généraux, *& compendio verborum*, le Droit veut qu'elle exclue auſſi la mere de la ſucceſſion de ſon fils, & même de la légitime ſur les biens du fils, *Leg. precibus*, *cod. de impuber. & aliis ſubſtit.* cependant dans cette Province on ne ſuit pas cette rigueur, & l'on adjuge à la mere, dans le cas de la ſubſtitution compendieuſe ou réciproque renfermant la pupillaire, une légitime ſur les biens du fils, quoique le ſubſtitué ſoit deſcendant du teſtateur ; & s'il

eſt étranger, on adjuge à la mere l'entiere ſucceſſion de ſon fils, compoſée de la légitime du fils ſur les biens du pere, de la quarte trébellianique du chef du fils, & des biens adventifs du pupille : ſur quoi on a établi cette maxime, que, *ſubſtitutio compendioſa, matre in medio exiſtente, omni tempore eſt fideicommiſſaria, quando ſubſtitutus non eſt de liberis* : Voyez *Dolive, liv.* 3, *chap.* 10; *Graverol ſur La Roche, liv.* 3, *verb. ſubſtitution, art.* 13; *Catellan, liv.* 2, *chap.* 84; & cette maxime s'entend au pied de la lettre : de ſorte qu'il faut abſolument que le ſubſtitué ſoit deſcendant pour priver la mere de la trébellianique, outre ſa légitime ; car encore que ce fût un aſcendant du teſtateur, il n'en priveroit pas la mere, comme il fut jugé par un Arrêt du Parlement de Toulouſe, rendu au rapport de M. de Comere le 15 juillet 1715 : ce qui paroît auſſi conforme à la doctrine de *Cambolas, liv.* 2, *chap.* 42; & de *Ranchin, in quæſt.* 521 *de Guyp.* quoique ſemblent dire au contraire *Maynard, liv.* 5, *chap.* 26; & *Duperier, liv.* 3, *queſt.* 8.

Il ſemble même que la légitime de la mere, quoique le ſubſtitué ſoit un deſcendant du teſtateur, doit être reglée aujourd'hui, eu égard au total des biens de ſon fils pupille, conformément à l'article 61 de l'Ordonnance des Teſtamens de 1735, & non pas au tiers du tiers, à quoi on la réduiſoit ci-devant.

Catellan, au lieu cité, remarque que quand la mere eſt prédécédée, on n'accorde pas dans le cas de la ſubſtitution compendieuſe le même avantage à l'ayeul ou à l'ayeule maternels qu'à la mere ; mais qu'on leur donne ſeulement une légitime ſur tous les biens, & qu'on leur refuſe la quarte trébellianique du chef de l'enfant, & les biens adventifs qu'il peut avoir laiſſé, quoique le ſubſtitué ſoit un étranger : cependant *Maynard, liv.* 5, *chap.* 25, *in fine*, ſemble donner dans ce cas le même avantage à l'ayeule qu'à la mere.

Au reſte, quoiqu'il ſoit certain que la ſubſtitution pupillaire prend fin & s'évanouit à la puberté accomplie, *Leg.* 2, *ff. de vulgari & pupillari*, & §. 8. *infrà hoc titulo*, le teſtateur peut néanmoins reſtreindre le tems de cette ſubſtitution au deſſous de la puberté de ſes pupilles, comme, par exemple, leur ſubſtituer au cas qu'ils viennent à mourir avant l'âge de dix ans, auquel cas la ſubſtitution pupillaire finit à la dixieme année, *Leg.* 21, *ff. de vulgari & pupillari*; il peut auſſi lui donner plus d'étendue qu'il n'eſt permis par le Droit, & la porter, par exemple, à vingt ans ; mais alors elle prendra fin, néanmoins à la puberté, *Leg.* 7, *& Leg.* 14, *ff. eodem*, & ne vaudra tout au plus après la puberté que comme fidéicommiſſaire.

§. 1. *Liceat eis, etſi puberes ſint, ad exemplum pupillaris ſubſtitutionis certas perſonas ſubſtituere.*

La ſubſtitution exemplaire eſt celle par laquelle on ſubſtitue à ſon en-

fant privé de sens, furieux, ou imbécille, prodigue interdit, ou sourd & muet de naissance, ou détenu d'autre maladie qui l'empêche de tester, au cas qu'il vienne à mourir dans cet état; on l'appelle exemplaire, parce qu'elle a été inventée à l'instar de la pupillaire, & qu'elle se conduit à peu-près par les mêmes regles. Cette substitution exemplaire peut être faite néanmoins, quoique les enfans soient puberes, & non seulement par le pere, mais par la mere, fût-elle même remariée, & par les autres ascendans, soit paternels, ou maternels; parce que cette substitution n'est pas fondée sur la puissance paternelle, mais sur la considération de l'état fâcheux de celui à qui on substitue, *Leg.* 9, *humanitatis*, *cod. de impuber. & aliis substit.* elle s'étend pourtant, comme la pupillaire, à tous les biens de l'enfant, quand bien même elle n'auroit été faite que pour une chose particuliere; & si le pere a fait une substitution exemplaire, & la mere une autre, chacune vaut pour les biens du substituant.

Mais au lieu que dans la substitution pupillaire le pere peut substituer même en faveur d'un étranger, la substitution exemplaire au contraire doit être faite premierement en faveur d'un, ou de plusieurs, ou de tous les enfans du malade, s'il en a, & quand elle est faite seulement en faveur d'un ou de quelques-uns de ses enfans, il faut que les autres soient, ou exhérédés avec expression de cause juste, ou qu'ils soient institués en leur légitime, ou en ce qu'on leur laissera pour leur en tenir lieu.

Que si le malade n'a point d'enfans, on doit lui substituer ses freres ou sœurs, ou l'un d'eux: & ce n'est que lorsque le malade n'a ni enfans, ni, en défaut d'enfans, des freres ou sœurs, qu'il est permis de lui substituer exemplairement qui l'on veut.

Du reste, la substitution exemplaire s'évanouit & expire, dès que l'enfant est revenu en santé ou en état de faire testament, ainsi qu'il est dit dans ce paragraphe; tout comme la pupillaire s'évanouit aussi, dès que le pupille est parvenu à l'âge de puberté. *Vid. Ricard, des substit. chap.* 2, *part.* 1, *n.* 87; *& Vinnius, hîc.*

§. 2. *Igitur in pupillari substitutione duo quodammodo sunt testamenta, alterum patris, alterum filii, tanquam si filius sibi hæredem instituisset; aut unum testamentum duarum hæreditatum.*

Ce n'est que par fiction qu'on dit que la substitution pupillaire est le testament du fils, car c'est toujours dans la vérité l'ouvrage ou la disposition du pere, *pater ei hoc fecit*, *Leg.* 8, §. 5, *ff. de inoff. testam.* De-là vient que lorsque le cas de la substitution pupillaire arrive, le substitué est censé prendre & recevoir la succession de la part du pere plutôt que du pupille: ainsi si un pere qui s'est remarié, fait une substitution pupillaire à son fils du second lit au profit de sa seconde femme, les Arrêts jugent qu'il y a lieu au retranchement ordonné par la Loi *hac edictali*, *cod. de secundis nuptiis*, en

faveur des enfans du premier mariage du pere ; quoique ſi le pere n'eût pas fait cette ſubſtitution pupillaire pour faire paſſer à ſa ſeconde femme les biens qu'il laiſſoit à ce fils, la mere eût ſans contredit ſuccédé *ab inteſtat* à ſondit fils pupille, à l'excluſion de ſes freres ou ſœurs conſanguins : on va même plus loin ; car en regardant toujours cette ſubſtitution pupillaire faite par le pere comme une fraude par lui faite à la Loi, on juge qu'il n'eſt pas libre à la mere de répudier cette ſubſtitution pour s'en tenir à la ſucceſſion *ab inteſtat.* Voyez *Dolive*, *liv.* 3, *chap.* 14 ; *Catellan*, *liv.* 4, *chap.* 57.

§. 5. *Liberis ſuis teſtamentum nemo facere poteſt, niſi & ſibi faciat ; nam pupillare teſtamentum pars & ſequela eſt paterni teſtamenti, adeò ut ſi patris teſtamentum non valeat, nec filii quidem valebit.*

Un pere ne peut pas teſter pour ſon pupille, comme il eſt dit ici, s'il ne fait auſſi teſtament pour ſoi-même ; & de-là vient qu'au lieu que la ſubſtitution fidéicommiſſaire peut être faite par toute ſorte d'actes teſtamentaires, ou à cauſe de mort, ou même dans un contrat de donation entre-vifs, la ſubſtitution pupillaire au contraire ne peut ſe faire que par teſtament, & non par de ſimples codiciles, ni par contrat ; car en ce dernier cas elle eſt nulle, ſuivant *Fernand*, *tract. de filiis natis ex matrim. cap.* 10, *n.* 7 ; & lorſqu'elle eſt faite dans des codiciles, quoiqu'il y eût un teſtament antérieur, elle ne peut valoir comme pupillaire directe, mais ſeulement comme fidéicommiſſaire ; enſorte que le pupille venant à décéder en pupillarité, ſes ſucceſſeurs légitimes *fidei commiſſo dumtaxat obligantur* envers le ſubſtitué, en retenant la quarte trébellianique, ſuivant la Loi 76, *ff. ad Trebellianum. Dolive*, *liv.* 5, *chap.* 28.

Au ſurplus, on avoit jugé juſqu'ici, contre la diſpoſition de ce paragraphe, que non ſeulement la ſubſtitution fidéicommiſſaire, mais même la ſubſtitution pupillaire étoient valables & devoient ſubſiſter, quoique le teſtament du pere qui les contenoit, fût nul par la prétérition d'un enfant, ou par ſon exhérédation injuſte ; en quoi on ſe fondoit ſur la Novelle 115, cap. 3, & ſur l'authentique *ex cauſa*, *cod. de liberis præteritis*, ainſi qu'on le voit dans *Maynard*, *liv.* 5, *chap.* 12 ; *La Roche & Graverol*, *liv.* 3, *verb. ſubſtitution*, *art.* 10 ; mais on jugeroit le contraire depuis l'Ordonnance des Teſtamens du mois d'Août 1735, art. 53 & 54, qui veut que dans le cas de la prétérition, l'inſtitution, de même que les ſubſtitutions contenues au teſtament, ſoient déclarées nulles, encore même que le teſtament portât la clauſe codicillaire ; & en effet les ſubſtitutions ne ſont que de ſecondes ou nouvelles inſtitutions, & de plus, la ſubſtitution pupillaire par rapport à la ſucceſſion du pupille n'eſt même autre choſe qu'une premiere inſtitution.

§. 6.

§. 6. *Vel ſingulis autem liberis, vel ei qui eorum noviſſimus morietur, ſubſtitui poteſt.*

Nous avons dit au commencement du Titre précédent, qu'on ſuppoſe & qu'on préſume une ſubſtitution réciproque, quoique non exprimée entre deux ou pluſieurs héritiers, auxquels un tiers a été ſubſtitué, toutes les fois que cela eſt néceſſaire pour remplir l'intention du teſtateur, & pour faire parvenir ſon hérédité en entier au ſubſtitué ; mais lorſqu'un pere, par exemple, inſtitue ſes enfans pupilles, & ſubſtitue une tierce perſonne à celui qui mourra le dernier en pupillarité, il eſt évident qu'il a entendu que les derniers de ſes enfans pupilles ſuccédaſſent aux prémourans, & que, comme il eſt dit dans ce paragraphe, *jus legitimarum hæreditarum inter eos cuſtodiri voluit* : ainſi il n'eſt pas néceſſaire de regarder ces enfans impuberes comme ſubſtitués réciproquement entr'eux, ni de feindre, lorſque le cas de la ſubſtitution pupillaire arrive, & que tous meurent en pupillarité, aucune ſubſtitution réciproque entr'eux, pour faire paſſer, ſuivant l'intention du teſtateur, ſon entiere hérédité au ſubſtitué pupillaire, puiſqu'il la trouve dans la ſucceſſion du pupille qui meurt le dernier, & qui a déja recueilli celle des autres enfans prédécédés.

L'arrêt qu'on lit dans *Dolive*, *liv.* 5, *chap.* 11, n'a rien de contraire à cette doctrine ; car s'il jugea que deux freres, auxquels le pere avoit ſubſtitué un tiers, étoient préſumés réciproquement ſubſtitués entr'eux, c'eſt parce que dans le cas propoſé par cet Auteur, le pere après avoir inſtitué ſes enfans pupilles, leur avoit ſubſtitué un tiers, au cas qu'ils vinſſent à décéder ſans enfans ; enſorte que ce n'étoit pas une ſubſtitution pupillaire expreſſe, mais une ſubſtitution compendieuſe qui avoit trait de tems au-delà de la puberté deſdits enfans, qui pouvant mourir après la puberté ſans enfans, & par conſéquent teſter en cet état, & avoir en effet diſpoſé de leurs biens, il falloit néceſſairement préſumer que le pere teſtateur, dans la vue de faire paſſer ſon entiere hérédité ſur la tête du ſubſtitué, avoit entendu auſſi ſubſtituer réciproquement ſes enfans entr'eux.

§. 9. *Extraneo verò vel filio puberi inſtituto ita ſubſtituere nemo poteſt, ut ſi hæres extiterit, & intrà aliquod tempus deceſſerit, alius ei ſit hæres ; ſed ſolùm permiſſum eſt, ut eum per fideicommiſſum obliget alii reſtituere.*

La ſubſtitution fidéicommiſſaire, dont nous parlerons ci-après, eſt ordinairement conçue en termes obliques de charge, de priere, ou d'injonction envers l'héritier inſtitué, c'étoit même jadis les termes propres & particuliers à cette eſpece de ſubſtitution, §. *ult. infrà, de ſingul. rebus per fideicom. relict.* cependant on ſe contenta dans la ſuite que les termes, ſoit directs, ou obliques, fuſſent ſuffiſans pour démontrer la volonté qu'avoit eu le teſtateur de faire un fidéicommis, *Leg.* 2, *cod. commun. de legatis* ; &

dans l'uſage on ne ſuit pas même la diſpoſition du paragraphe que nous expliquons, qui paroît décider que toute ſubſtitution qui eſt conçue en termes directs & abſolus, prend fin après la puberté de l'héritier, enſorte qu'après ce tems elle ne vaille & ne ſubſiſte qu'autant qu'elle auroit été faite en termes obliques & de fidéicommis; car ſans s'arrêter à ces ſubtilités ou ſcrupules du Droit Romain ſur la qualité des termes, on tient pour maxime, que toute ſubſtitution qui a trait de tems au-delà de la puberté du grévé, en quelques termes qu'elle ſoit conçue, ſoit directs, ſoit obliques, ſubſiſte comme fidéicommis après la puberté de celui qui eſt chargé de rendre, c'eſt-à-dire, que *poſt pubertatem flectitur in fideicomiſſum.* Voyez *Ricard, tom. 2, des ſubſtitut. part. 1, chap. 6, & chapitre 7, in principio.*

TITRE XVII.

Quibus modis Teſtamenta infirmantur.

§. 1. *Teſtamentum ejus rumpitur quaſi adgnatione ſui hæredis.*

LES adoptions étant inconnues en France, un teſtament fait en bonne & due forme ne peut pas être rompu ou annullé au moyen de l'adoption d'un enfant, mais il peut l'être par la naiſſance d'un enfant légitime du teſtateur, ou d'un poſthume, ſurvenue depuis le teſtament, à moins qu'on n'eût pris la précaution d'y inſtituer le poſthume, ou les poſthumes, en la maniere déja expliquée ſur le Titre XIII. de ce Livre, *de exhæredatione liberorum*, §. 1.

Il peut être auſſi annullé par la prétérition des petits-fils du teſtateur, qui ne tenoient pas le premier degré lors du teſtament, mais qui viennent à l'occuper par la mort de leur pere, comme nous l'avons encore dit ſur le paragraphe 2 du même Titre; & il peut être également annullé & rompu au moyen de la légitimation des enfans naturels par mariage ſubſéquent, ſurvenu depuis le teſtament, dans lequel ils auroient été prétérits.

§. 2. *Poſteriore quoquè teſtamento quod jure perfectum eſt, ſuperius rumpitur.*

Un premier teſtament parfait eſt révoqué & annullé par un ſecond qui ſe trouve auſſi parfait; ce qui a même lieu, quoique ce ſecond teſtament ne révoque pas nommément le premier: cela eſt ſans difficulté, il y a pourtant quelque exception à cette regle.

On jugeoit avant l'Ordonnance concernant les Teſtamens du mois d'août 1735, qu'un premier teſtament qui contenoit une clauſe dérogatoire, n'étoit pas révoqué, ſi cette clauſe n'étoit pas répétée dans le teſtament poſ-

térieur, quoique d'ailleurs parfait, d'une maniere expreſſe, ou du moins par des équipollens ſuffiſans; mais comme les clauſes dérogatoires pouvoient ôter ſouvent la liberté de teſter, ou donner lieu aux ſurpriſes, ou être un piege pour les teſtateurs ignorans ou qui manqueroient de mémoire, & que d'ailleurs la Juriſprudence étoit aſſez incertaine & embrouillée ſur cette matiere, ainſi qu'on peut le voir dans *Ferrieres*, *in quæſt.* 127 *de Guypap. Catellan*, *liv.* 2, *chap.* 1; *Cambolas*, *liv.* 5, *chap.* 4; *Louet & Brodeau*, *lettre* T. *chap.* 9; c'eſt auſſi par ces raiſons que l'uſage des clauſes dérogatoires dans les teſtamens & autres actes à cauſe de mort a été abrogé entierement & avec juſtice par l'article 76 de ladite Ordonnance de 1735; enſorte qu'à préſent le défaut de répétition d'une clauſe dérogatoire inſérée au premier teſtament n'empêcheroit pas qu'il ne demeurât révoqué par un ſecond teſtament fait avec les ſolemnités requiſes.

On jugeoit néanmoins & on juge encore qu'un premier teſtament fait entre enfans ou deſcendans n'eſt pas révoqué par un ſecond teſtament fait au profit des collatéraux ou des étrangers, ſi ce dernier teſtament ne révoque pas nommément le premier; ce qui eſt conforme à la Novelle 107, *cap.* 2, d'où a été priſe l'authentique *hoc inter liberos*, *cod. de teſtam.* & à la doctrine de *Graverol ſur La Roche*, *liv.* 4, *verb. teſtament*, *art.* 10; & l'Ordonnance de 1735 qui a déclaré les clauſes dérogatoires nulles & de nul effet, ne touche pas à ceci, parce qu'il n'eſt pas queſtion dans ce cas d'aucune clauſe dérogatoire, mais d'un privilege accordé par les Loix à la faveur des enfans.

On jugeoit encore avant ladite Ordonnance qu'il falloit ſuppléer la clauſe dérogatoire dans les teſtamens faits au profit de la cauſe pie, par la trop grande faveur qu'elle s'étoit acquiſe, du moins lorſque la cauſe pie ne ſe trouvoit pas en concours avec les enfans; & par-là on décidoit qu'un teſtament fait en faveur de la cauſe pie n'étoit pas révoqué par un autre teſtament fait au profit d'autres perſonnes, ſi ce dernier teſtament ne révoquoit expreſſément le premier, *Catellan*, *liv.* 2, *chap.* 1; *Boutaric*, *Inſtit. pag.* 289; mais cette déciſion ne ſeroit plus ſuivie aujourd'hui, & on s'en tiendroit à l'opinion contraire qu'on trouve dans *Ferrieres*, *in quæſt.* 200 *de Guypap. nov. addit.* d'autant que l'article 76 de l'Ordonnance de 1735 ayant abrogé les clauſes dérogatoires même expreſſes, elle a abrogé à plus forte raiſon celles qui ne ſeroient que tacites; de ſorte qu'on doit ſi peu ſuppléer ou ſousentendre de clauſe dérogatoire dans les diſpoſitions faites en faveur de la cauſe pie, que l'article 78 de la même Ordonnance lui a ôté nommément tout privilege en cette matiere.

Par la même raiſon il faut décider auſſi que les légats pies contenus dans un premier teſtament ſont révoqués de plein droit, ainſi que les autres, par un teſtament poſtérieur parfait, tout de même que le teſtament

qui les contient : car quoiqu'on jugeât ci-devant qu'à l'égard des légats pies, ils devoient être nommément révoqués ; & que lors même que dans un second teſtament il y avoit un autre légat fait en faveur de la même cauſe pie, à laquelle on avoit déja légué dans le premier teſtament, on jugeât encore que l'un & l'autre de ces legs étoient dûs, ſi celui qui étoit contenu au premier teſtament, n'avoit pas été nommément révoqué, comme on le voit dans *Catellan*, *liv.* 2, *chap.* 1 ; & dans *Boutaric*, *Inſtit. pag.* 340 ; il faut tenir au contraire aujourd'hui qu'on ne ſauroit plus faire ſubſiſter les légats pies d'un premier teſtament, quoique non révoqués ſpécialement dans le ſecond teſtament, parce qu'on ne peut plus ſuppoſer dans ces légats de clauſe dérogatoire ; ce qui étoit néanmoins le ſeul motif pour lequel on les faiſoit valoir, lorſqu'ils n'avoient pas été exprès révoqués.

Nec intereſt, extiterit aliquis hæres ex eo, an non, hoc enim ſolum ſpectatur, an aliquo caſu exiſtere potuerit, &c.

Un premier teſtament eſt emporté & annullé, avons-nous dit, par un ſecond teſtament parfait ; & cela a lieu, quand même il arriveroit que l'héritier inſtitué dans ce teſtament poſtérieur ne voudroit pas de l'hérédité, & la répudieroit, ou qu'il ne ſeroit pas héritier pour être décedé avant le teſtateur, ou parce que la condition ſous laquelle il avoit été inſtitué, ſeroit venue à manquer, comme il eſt dit mot à mot dans ce texte ; car alors il y auroit lieu d'ouvrir la ſucceſſion *ab inteſtat.*

Il n'en eſt pas de même, lorſque l'héritier inſtitué dans le teſtament poſtérieur & parfait ſe trouve incapable d'être inſtitué, ou indigne de l'hérédité, c'eſt-à-dire, qu'alors on n'ouvre pas la ſucceſſion *ab inteſtat* ; enſorte que le premier teſtament n'eſt pas révoqué, mais ſubſiſte en faveur des héritiers y nommés, au préjudice des ſucceſſeurs légitimes : on le juge du moins ainſi au Parlement de Toulouſe, *Maynard*, *liv.* 8, *chap.* 50 ; *Cambolas*, *liv.* 5, *chap.* 36 ; *Catellan*, *liv.* 2, *chap.* 83, quoiqu'on juge au contraire dans les autres Parlemens que dans ces deux cas il y a lieu d'ouvrir la ſucceſſion *ab inteſtat*, comme on le voit par les Arrêts rapportés au Journal du Palais du 9 Avril 1669 & 25 Février 1672 ; car au ſurplus on confond entierement aujourd'hui en France les indignes avec les incapables, ainſi qu'il eſt remarqué par *Catellan*, *liv.* 2, *chap.* 83, *in fine.*

Il ſemble qu'à s'en tenir aux vrais principes, il faudroit juger que lorſque l'héritier inſtitué dans un ſecond teſtament eſt une perſonne incapable de recueillir l'hérédité, comme ſeroit une perſonne morte civilement, ou le tuteur, &c. cette inſtitution devant être regardée comme non écrite, ne peut pas former d'empêchement à la validité du précédent teſtament ; & que lorſque c'eſt une perſonne indigne qui a été inſtituée héritiere, tel qu'un adultere, ou une concubine, le premier teſtament devroit être emporté, & la ſucceſſion *ab inteſtat* ouverte en faveur des héritiers du ſang, parce que l'indigne

digne peut recueillir l'hérédité qui lui a été déférée, quoiqu'il ne puiſſe pas la conſerver, *Leg. 2, ff. de his quæ ut indignis* : mais il ſemble que le Droit François conſidere les indignes, auſſi bien que les incapables, comme inhabiles les uns & les autres de recueillir les diſpoſitions qui auroient été faites en leur faveur, de façon qu'elles ſont cenſées non écrites ; ce qui paroît autoriſer la Juriſprudence de cette Province.

Au reſte, nous parlerons toujours d'un dernier teſtament parfait ; car s'il étoit imparfait, comme s'il n'étoit pas achevé, ou qu'il y manquât quelqu'une des ſolemnités requiſes par les Loix & par les Ordonnances, il ſeroit nul & de nul effet, il ne révoqueroit pas le teſtament antérieur, & il n'y auroit pas lieu d'ouvrir la ſucceſſion *ab inteſtat.* §. 7, *infrà hoc titulo.*

§. 3. *Sed etſi priore teſtamento, jure perfecto, poſterius æquè jure fecerit, etiamſi ex certis rebus in eo hæredem inſtituerit, & ſuperius teſtamentum ſublatum eſt.*

Le teſtament poſtérieur parfait révoque le précédent, quoique parfait, quand même dans le teſtamment poſtérieur on n'auroit inſtitué un héritier que pour certaines choſes ou pour certains fonds, parce que cet héritier *in re certâ vel pro certo fundo* devient héritier univerſel, s'il n'a point d'autre cohéritier, comme il eſt décidé ici ; mais ſi après avoir inſtitué Pierre, par exemple, en une choſe particuliere, on nommoit dans le même teſtament un autre héritier, Pierre en ce cas ne ſeroit regardé que comme un ſimple légataire, ſans être ſujet aux dettes paſſives de l'hérédité, conformément à la Loi *quoties, cod. de hæredib. inſtituend.*

Au ſurplus, l'héritier inſtitué pour une choſe particuliere, quoiqu'il lui ait été donné un cohéritier, peut néanmoins devenir héritier univerſel, lorſque ce cohéritier vient à mourir avant le teſtateur, ou à répudier, par cette raiſon que nous avons déja expliquée ſur le Titre *de hæredibus inſtituendis*, §. 5, ci-devant, *ne pro parte teſtatus & pro parte inteſtatus decedat teſtator. Catellan, liv. 2, chap. 35.*

§. 4. *Alio modo teſtamenta jure facta infirmantur, veluti cùm is qui fecit teſtamentum, capite deminutus eſt.*

Nous avons déja remarqué ſur la fin du paragraphe 1 du Titre *quibus non eſt permiſſum facere teſtam.* ci-deſſus, que le teſtament quoique parfait, d'un homme qui vient enſuite à être condamné à mort, ou aux galeres perpétuelles, ou au banniſſement perpétuel, eſt rompu & annullé, parce qu'il faut que le teſtateur ſoit capable de teſter *tempore conditi teſtamenti & tempore mortis*, & que ces peines, ſuivant que nous l'avons dit au Livre premier, Titre *de capitis deminutione*, emportent la mort civile du teſtateur.

Pour ce qui eſt du teſtament fait par celui qui n'eſt dans la ſuite condamné que par défaut & par contumace à une de ces peines qui empor-

tent la mort civile, ou même du teſtament fait par le prévenu durant ſa contumace, la validité de ce teſtament, tout comme l'état de cet accuſé, demeurent en ſuſpens ; enſorte que s'il vient à mourir dans les cinq années que l'Ordonnance de 1670 accorde pour purger la contumace, ſans s'être repréſenté, ou avoir été conſtitué priſonnier, ſans que ſes héritiers ſoient en état de purger ſa mémoire, il eſt réputé mort civilement du jour de l'exécution figurative de la Sentence de contumace, & ſon teſtament n'eſt d'aucun effet : ſi aucontraire il s'eſt repréſenté pour inſtruire ſa juſtification, ou ſi même ſans être repréſenté, ſes parens ou héritiers parviennent à purger ſa mémoire, ſon teſtament vaudra, comme s'il n'y avoit jamais eu de condamnation par défaut, ni d'exécution figurative. Voyez ce que j'ai dit là-deſſus au Livre premier, Titre *de nuptiis*, §. 10 ; *Catellan*, *liv.* 2, *chap.* 101 ; *& Vedel*, *ibid.*

§. 7. *Ex eo autem ſolo non poteſt infirmari teſtamentum, quòd poſteà teſtator id noluerit valere.*

Il n'y a pas de difficulté aujourd'hui qu'un teſtament, quoique parfait ne puiſſe être annullé par une ſimple déclaration de révocation faite pardevant un Notaire avec le même nombre de témoins que pour un teſtament, & encore plus, ſi cette révocation ſe trouve accompagnée de la déclaration de vouloir mourir *ab inteſtat*, ſoit expreſſe, ou tacite. *Vid. Catellan & Vedel*, *liv.* 2, *chap.* 2 ; *Ferrieres*, *in quæſt.* 200 *de Guypap.*

Un teſtament peut être encore révoqué ou rendu inutile par une donation entre-vifs de tous les biens préſens & à venir faite en contrat de mariage, n'étant pas permis autrement & hors du contrat de mariage de donner *inter vivos* que ſes biens préſens, aux termes des articles 15 & 17, de l'Ordonnance des Donations de 1731. *Vid. Ferrieres*, *in quæſt.* 127 *de Guypap. Catellan*, *liv.* 2, *chap.* 1, *in fine.*

Il y a plus de difficulté pour ſavoir ſi une donation univerſelle à cauſe de mort en bonne & due forme révoque un teſtament antérieur : *Cambolas*, *liv.* 2, *chap.* 1, *in fine*, tient pour l'affirmative : *Ferrieres & Catellan*, aux lieux cités, ne diſent rien préciſément ſur ce cas ; mais *Duperier*, *tom.* 2, *liv.* 4, *n.* 329, *pag.* 230, tient au contraire que la donation à cauſe de mort, quoiqu'univerſelle, peut ſubſiſter ſans révoquer le teſtament précédent, & que l'héritier a droit de prendre la quarte falcidie ou trébellianique ſur cette donation, puiſque la falcidie a été étendue aux donations à cauſe de mort, leſquelles ont force de fidéicommis, ſuivant la Loi *in donationibus*, *cod. ad Legem falcidiam*, *Leg.* 2, *cod. de donationibus cauſâ mortis* ; & c'eſt à cela, je crois, qu'il faut s'en tenir.

TITRE XVIII.

De inofficioſo Teſtamento.

Quia plerumquè parentes ſine cauſa liberos ſuos exhæredant, vel obmittunt, inductum eſt ut de inofficioſo teſtamento agere poſſint liberi, &c.

LE mot *obmittunt*, dont il eſt parlé dans ce texte, ſe rapporte à la prétérition faite par la mere ou l'ayeule, laquelle valoit jadis autant que l'exhérédation faite par le pere; ce qui a été changé, ainſi que nous l'avons vu ſur le Titre XIII. de ce Livre, par la Novelle 115, *cap.* 3, ſuivant laquelle les meres tout comme les peres ſont obligés les uns & les autres d'inſtituer leurs enfans en ce qu'ils leur laiſſent par leur teſtament, ou de les exhéréder avec expreſſion d'une cauſe juſte; de ſorte que l'exhérédation ſans expreſſion d'une cauſe légitime a le même effet que la prétérition ou le défaut d'inſtitution, de rendre le teſtament nul dans l'un & dans l'autre cas, & non pas ſimplement inofficieux: c'eſt ce qui a fait dire à *Dolive*, *liv.* 3, *chap.* 8, que la plainte d'inofficioſité qui ſuppoſe un teſtament fait ſelon les regles du Droit, mais contre les devoirs de la piété, n'a lieu parmi nous que dans le cas où les aſcendans ou les deſcendans ont été exhérédés ſuivant la forme preſcrite par la Novelle, avec expreſſion d'une cauſe légitime, mais qu'on ſoutient être fauſſe & ſuppoſée; & il eſt même vrai de dire que lorſque la cauſe eſt prouvée fauſſe, la voie de la nullité eſt ouverte par la Novelle 115 contre le teſtament, & qu'il doit être annullé quant à l'inſtitution, comme auſſi qu'il doit l'être pareillement, quand la cauſe exprimée n'eſt pas légitime, parce que dans tous ces cas on a manqué d'inſtituer le légitimaire, dont l'inſtitution étoit néanmoins indiſpenſable.

L'exhérédation n'eſt autre choſe que la privation de la ſucceſſion légale, & même de la légitime, *exhæredatio eſt hæreditatis à Lege datæ ademptio*, comme dit *Vinnius* en ſes notes ſur le titre *de exhæredatione liberorum*, & elle eſt autoriſée auſſi bien dans les Pays Coutumiers que dans ceux de Droit Ecrit, ſauf que dans les premiers la néceſſité de l'inſtitution d'héritier des légitimaires n'a pas lieu, comme nous l'avons dit ailleurs; enſorte que dans les Pays Coutumiers les enfans ingrats, ou qui ont maltraité leurs parens, peuvent être privés des biens qui leur ſont déférés par la Coutume, de même que de leur légitime.

Les cauſes pour leſquelles on peut valablement exhéréder un enfant, ſont marquées au nombre de quatorze dans la Novelle 115 déja citée, & ſont reçues dans tout le Royaume: comme ſi l'enfant avoit battu ſes peres ou mere; s'il a attenté à leur vie; s'il les a accuſés de quelque crime; s'il leur a fait

quelque injure atroce, &c. Il faut même remarquer avec *Vinnius* sur ce texte, *n.* 2, qu'il peut y avoir encore d'autres causes légitimes d'exhérédation, quoique non compriſes dans la Novelle, *dummodò ſint æquè graves & graviores*; & de plus, les Ordonnances de nos Rois ont ajouté une nouvelle cauſe d'exhérédation contre les garçons qui avant l'âge de trente ans, & les filles avant l'âge de vingt-cinq ans, ſe marient ſans le conſentement de leurs pere & mere, ainſi que nous l'avons expliqué au commencement du Titre *de nuptiis*.

Quoiqu'un enfant ſe trouve juſtement exhérédé par le teſtament de ſes pere ou mere, & pour cauſe légitime, on juge néanmoins que cette exhérédation eſt inutile & ſans effet, toutes les fois qu'il y a des preuves de la réconciliation, ou qu'on peut préſumer par quelque acte extérieur que les parens ont remis l'offenſe qui leur avoit été fait; cela fondé ſur l'argument pris de la Loi 5, *cod. Familiæ Erciſcundæ*.

Au ſurplus, un pere ou une mere peuvent exhéréder leurs enfans, lorſqu'il y a lieu, non ſeulement par un teſtament, mais encore par un autre acte paſſé pardevant un Notaire: ce qui a lieu ſur-tout dans les Pays Coutumiers; car on y fait plus de difficulté dans les Pays de Droit Ecrit, où réguliérement elle ne peut ſe faire que par un teſtament. *Vid. Ricard*, *tom* 1, *part.* 3, *chap.* 8, *ſect.* 4, *n.* 971; & la Loi 14, *cod. de teſtament.* de même que les interprêtes ſur cette Loi.

Les parens peuvent encore apporter à l'exhérédation les tempéramens ou modifications qu'ils trouvent à propos, c'eſt-à-dire, que quoiqu'à la rigueur l'exhérédation doive être entiere, & priver même l'enfant exhérédé de ſes droits légitimaires, les parens peuvent lui en conſerver une partie, ou lui laiſſer quelque legs, ou quelque penſion pour vivre, d'autant mieux que, quoiqu'il ne lui ait été rien laiſſé, les Cours Supérieures adjugent ſouvent les alimens à l'enfant deshérité, du moins lorſque l'exhérédation n'eſt pas cauſée pour avoir porté ſes mains ſacrileges ſur la perſonne de ſes pere ou mere, ou pour avoir attenté à leur vie.

Du reſte, comme l'injure qui donne lieu à l'exhérédation de l'enfant, eſt perſonnelle à l'enfant & aux pere ou mere qui la reçoivent, elle ne prive pas non plus l'enfant des ſucceſſions collatérales de ſes parens, non plus que des biens que les pere ou mere auroient été chargés de lui rendre par leurs ayeuls ou par d'autres perſonnes. *Vid. Ricard*, *tom.* 1, *part.* 3, *chap.* 8, *ſect.* 4, *in fine*, *& Henrys*, *tom.* 2, *liv.* 5, *quæſt.* 3, *de l'édition de* 1708. L'Ordonnance des Subſtitutions du mois d'Août 1747, titr. 1, art. 29, le décide de même: elle n'excepte que deux cas; l'un, lorſque l'auteur de la ſubſtitution auroit ordonné expreſſément que les enfans qui auroient encouru l'exhérédation, ſeroient privés des biens par lui ſubſtitués; l'autre, quand les enfans ſe trouveroient dans un des cas où par la diſpoſition des Ordonnances ils ſont déclarés déchus & incapables de toutes ſucceſſions; comme ſi

les

les enfans étoient exhérédés pour s'être mariés contre le gré de leurs pere ou mere avant l'âge permis, l'Ordonnance de 1639, art. 2, & l'Édit de 1697 les déclarant alors privés & incapables à jamais de tous avantages & de toutes ſucceſſions, ſoit directes, ou collatérales, auſſi bien que les enfans nés de ces ſortes de mariages.

§. 1. *Non tantùm autem liberis permiſſum eſt teſtamentum parentum inofficioſum accuſare, verùm etiam liberorum parentibus.*

Il eſt ici parlé du droit de légitime, laquelle n'a lieu, comme il eſt aiſé de comprendre, qu'en cas que les pere ou mere ſoient décédés après avoir fait un teſtament, c'eſt-à-dire, dans le cas de la ſucceſſion teſtamentaire ; car autrement chacun des enfans trouve ce qu'il peut eſpérer des biens de ſes pere & mere dans ſa portion de leur ſucceſſion *ab inteſtat.*

Cette légitime, comme l'on dit communement, *eſt quota pars bonorum, non hæreditatis*, ce qui ſignifie, que les légitimaires ne ſont pas tenus des dettes paſſives de l'hérédité ; parce que la légitime n'eſt priſe que ſur ce qui reſte du patrimoine, après que les dettes en ont été déduites, & que l'héritier retenant la valeur du montant des dettes, il ne peut par conſéquent ſe diſpenſer d'en faire le payement.

Or ceux à qui la légitime eſt due par le Droit, ſont, 1°. les enfans & deſcendans rempliſſant le premier degré, *Leg.* 14 *ff. de inoff. teſtam. Leg.* 7, *cod. eodem, & Novell.* 115, *cap.* 3 ; & ils doivent être inſtitués en cette légitime, ou en ce qui leur eſt laiſſé pour leur en tenir lieu, comme nous l'avons dit ſur le Titre *de exheredatione liberorum.*

2°. En défaut d'enfans la légitime eſt due aux aſcendans, *dict. Leg.* 14, *& Leg.* 15, *ff. de inoff. teſtam.* & *Novella* 115, *chap.* 4 ; de ſorte que les perſonnes qui décedent ſans enfans, laiſſant un pere ou une mere, ou à leur défaut d'autres aſcendans, doivent les inſtituer en leur légitime, ou en ce qu'ils leur léguent, ou les exhéréder pour cauſe juſte ; autrement, ſi les pere ou mere n'ont pas été inſtitués en leur légitime, ou s'ils ont été prétérits & oubliés, ou s'ils ont été exhérédés ſans expreſſion de juſte cauſe, le teſtament eſt nul, aux termes de la Novelle 115, & de l'Ordonnance concernant les Teſtamens de 1735, art. 53 : ces cauſes pour leſquelles les aſcendans peuvent être exhérédés, ſont expliquées dans le chapitre 4, de ladite Novelle, au nombre de huit.

Soror autem & frater, turpibus perſonis ſcriptis hæredibus, ex ſacris Conſtitutionibus prælati ſunt.

En défaut de deſcendans & d'aſcendans du défunt, la légitime eſt due à ſes freres & ſœurs ; mais dans un ſeul cas, ſavoir, lorſque le défunt a inſtitué pour héritier une perſonne deshonnête, ſuivant ce texte, & ſuivant la Loi 27, *cod. de inoff. teſtam.* c'eſt-à-dire, qu'alors ſi la légitime ne leur a

pas été laissée dans le testament, ou quelque chose pour leur en tenir lieu, & laissée même à titre d'institution particuliere, ils ont droit, je pense, de le faire casser & annuller, aux termes des articles 50 & 53 de l'Ordonnance de 1735, qui exige l'institution de tous ceux qui ont droit de légitime, sans qu'on puisse s'arrêter à la doctrine de *Ricard*, *tom.* 1, *part.* 3, *chap.* 8, *sect.* 2, qui enseigne que la légitime peut être laissée aux freres *quoquo relicti titulo.*

Ce droit de légitime n'est accordé qu'aux freres ou sœurs germains ou consanguins du testateur, & non aux utérins, suivant ladite Loi 27, *cod. de inoff. testam.* quoique *Vinnius* sur ce titre penche à l'accorder également aux utérins; & par une personne deshonnête, il faut entendre en cette matiere une personne marquée de quelque légere note d'infâmie, quoiqu'elle ne rende pas d'ailleurs incapable ou indigne d'être institué: un comédien, par exemple, une fille ou femme publique, un homme condamné pour crime au fouet aux ou galeres à tems, &c. car l'infâmie dont il s'agit, ne donne droit qu'aux freres & sœurs de faire annuller le testament; au lieu que si le testateur avoit institué une personne incapable par sa qualité de pouvoir hériter, comme seroit son tuteur, &c. ou tout-à-fait indigne, comme seroit sa concubine ou son adultere, alors non seulement les freres & sœurs, mais tous les autres parens, quelqu'éloignés qu'ils fussent, pourroient attaquer & faire annuller sans difficulté le testament: cette distinction est conforme à ces paroles de la Loi citée, *si scripti hæredes, infamiæ, vel turpitudinis, vel levis notæ maculâ aspergantur*, & ne paroît pas avoir été bien expliquée par *Ricard*, *tom.* 1, *part.* 3, *chap.* 8, *sect.* 3, *n.* 910, *& suiv.*

§. 3. *Sed hæc ita accipienda sunt, si nihil eis penitùs relictum sit; sin vero quàntacumque pars hæreditatis, vel res eis fuerit relicta, id, quod eis deest, usque ad quartam repleatur.*

L'Ordonnance des Testamens de 1735 s'est conformée à cette décision, en disant dans l'art. 51 que quelque modique que soit l'effet ou la somme pour lesquels ceux qui ont droit de légitime, auront été institués héritiers, le vice de la prétérition ne pourra être opposé contre le testament, encore que le testateur eût disposé de ses biens en faveur d'un étranger.

Il y est parlé d'un effet ou d'une somme, parce que la légitime doit être véritablement une portion des biens ou de l'hérédité du testateur; & delà vient que par Arrêt rapporté dans *Albert*, *verb. testament. art.* 4, le testament d'une pere fut cassé par prétérition à cause qu'il n'y avoit institué un de ses enfans que pour les fraix qu'il avoit employés à le faire étudier; il en seroit de même, si on ne laissoit au légitimaire qu'une pension, à titre même d'institution.

Il est ajouté, *quelque modique que soit l'effet ou la somme*, comme si le légitimaire n'avoit été institué qu'en une somme de cinqs sols: sur quoi

il faut pourtant obſerver que ſi on ne laiſſoit par une clauſe vague & générale que cinqs ſols à ſes parens, les inſtituant en ce ſes héritiers particuliers, ſans y nommer expreſſément chacun des légitimaires, & les inſtituer, ceux-ci ſeroient cenſés prétérits : on ne les regarderoit pas comme inſtitués par une clauſe de cette eſpece, & le teſtament ſeroit nul ; on le jugeoit ainſi avant l'Ordonnance de 1735, & on le jugeroit de même aujourd'hui, d'autant plus qu'en l'article 50 elle veut que les légitimaires ſoient inſtitués en les appellant par leur nom, ou les déſignant de telle maniere que chacun d'eux y ſoit compris. *Vid. Cambolas, liv. 2, chap. 15 ; Maynard, liv. 6, chap. 11 ; Catellan, liv. 2, chap. 33.*

Enfin il eſt dit, *quand même le teſtateur eût diſpoſé de ſes biens en faveur d'un étranger* : ce qui eſt encore conforme à la Novelle 18, *cap. 1*, au texte de la Novelle 117, & à l'ancienne Juriſprudence.

Au reſte, lorſqu'un étranger ou un collatéral eſt inſtitué par une perſonne qui a des enfans, auſquels elle n'a laiſſé que leur légitime, ou moins que leur légitime, il y a alors le plus ſouvent de grandes préſomptions de captation du teſtament & de ſuggeſtion ; mais le moyen pris ordinairement dans ces occaſions par les enfans, de ce que le teſtament a été fait *ab irato patre, vel ab irata matre*, n'eſt gueres conſidérable, ſur-tout dans les Pays de Droit Ecrit, où, pourvu que les enfans aient eté inſtitués en leur légitime ou en ce qui leur a été laiſſé, on peut diſpoſer de ſes biens, comme nous l'avons dit, au profit même d'un étranger ; & il l'eſt encore moins, quand les enfans ont eu une mauvaiſe conduite, & que les pere ou mere auroient raiſon d'être en colere contr'eux : ainſi on n'a gueres égard à ce moyen, & on réſerve ſeulement aux enfans de prouver la captation & la ſuggeſtion ; cela a été ainſi jugé par divers Arrêts modernes. On peut voir au ſujet de ces teſtamens qu'on prétend avoir été fait dans la colere, *Ricard, tom. 1, chap. 3, ſect. 14.*

Pour ce qui eſt de la ſuggeſtion, elle eſt encore ſouvent difficile à prouver ; car en theſe, & ſur-tout lorſqu'il ne s'agit pas des teſtamens faits au préjudice des enfans, ou par des perſonnes foibles d'eſprit, on tient qu'il ne ſuffit pas d'alléguer vaguement la ſuggeſtion, ou quelques moyens douteux & incertains, mais qu'il faut articuler des faits précis & concluans de ſuggeſtion pour en faire admettre la preuve : *Soefve, tom. 2, cent. 1, chap. 7 ; Ricard, tom. 1, part. 3, chap. 1. n. 47* : on tient encore qu'il n'y a gueres que les faits de ſuggeſtion conſiſtant en des inſpirations inſidieuſes, en dol, ou en artifices mauvais & frauduleux, qui ſoient capables d'annuller un teſtament, comme ne contenant pas la véritable volonté du teſtateur, mais que les careſſes, les ſervices, les prieres, & les préſens même à l'égard du teſtateur ne ſont pas défendus. *Vid. Mœnoch, de arbitrar. caſ. 395, n. 43, & ſuiv. Ricard, dict. loc. n. 59.*

L'article 52 de l'Ordonnance de 1735 porte auſſi que ceux à qui il aura

été laissé moins que leur légitime à titre d'institution, pourront former leur demande en supplément de légitime ; cela fondé sur le texte que nous expliquons, & sur la Loi 30, *cod. de inoff. testam.* qui n'accordoit la plainte d'inofficiosité que dans le cas où il n'avoit été rien laissé au légitimaire, & dans le cas contraire vouloit que la légitime fût remplie, ce que nous appellons action en supplément de légitime, laquelle avoit pareillement lieu avant l'Ordonnance de 1735, comme on le voit dans *Cambolas & Catellan, dictis locis.*

Cette action en supplément de légitime a tous les privileges de l'action pour demander la légitime elle-même, & quoiqu'elle ait été subrogée à la plainte d'inofficiosité qui avoit même lieu dans ce cas par l'ancien Droit Romain, on observe pourtant trois différences de cette action en supplément d'avec la plainte d'inofficiosité.

La premiere, que quoique la plainte d'inofficiosité se prescrivît anciennement par le laps de cinq ans, néanmoins la légitime tout comme le supplément de légitime étant demandés aujourd'hui, non par querelle d'inofficiosité, mais par action personnelle, appellée, *conditio ex Lege*, introduite par ladite Loi 30, *cod. de inoff. testam.* cette action pour demander la légitime ou son supplément dure trente années, depuis le décès de celui sur les biens duquel la légitime est due, ou depuis le jour que le légitimaire a cessé d'être nourri sur les biens de l'hérédité. *Vid. Dolive, liv.* 5, *chap.* 31 ; *Catellan, liv.* 2, *chap.* 36 ; *Ricard, tom.* 1, *part.* 3, *chap.* 8, *sect.* 5, *n.* 1004 ; *Le Brun, des successions, liv.* 2, *chap.* 3, *sect.* 12.

A quoi il faut ajouter que les intérêts du supplément sont dûs de plein droit, tout comme ceux de la légitime, depuis le décès & sans interpellation.

La seconde différence consiste en ce que la querelle d'inofficiosité, comme étant injurieuse au défunt, *quasi non sanæ mentis fuisset*, ne passoit pas aux héritiers du légitimaire, si elle n'avoit été par lui préparée & intentée avant sa mort ; au lieu que l'action pour la légitime ou pour son supplément passe & se transmet à toute sorte d'héritiers, quoique le légitimaire soit mort sans en avoir formé la demande, *Duranti, quæst.* 30, & passe même à ses créanciers ; *Duperier, liv.* 2, *quæst.* 12.

La troisieme différence est prise de ce que le légitimaire qui avoit reçu le legs à lui fait dans le testament, étoit exclu par cette approbation de proposer la querelle d'inofficiosité ; au lieu qu'il en est autrement de la demande en supplément de légitime : en effet, on a toujours jugé & on juge que l'approbation du testament faite par le légitimaire en recevant l'effet ou la somme qui lui ont été laissés, à titre d'institution particuliere, pour lui tenir lieu de légitime, ne l'empêche pas de former sa demande en supplément ; si bien que quand un enfant en recevant le legs auroit même renoncé généralement à tous ses droits paternels & maternels, il peut demander le supplément de

légitime

légitime, s'il y a lieu, ſans avoir même beſoin de prendre des Lettres pour être reſtitué en entier : ce n'eſt que lorſque le légitimaire a nommément & ſpécialement renoncé au ſupplément de légitime, qu'il eſt obligé de ſe pourvoir contre cette renonciation par des Lettres royaux, & dans les dix années des actions reſciſoires pour léſion d'outre moitié ; ce qui eſt aſſez conforme à la déciſion de la Loi *ſi quando*, §. 2, *cod. de inoff. teſtam.* Voyez *Cambolas*, *liv.* 2, *chap.* 32 ; *Ferrieres*, *in quæſt.* 427, *de Guypap. Catellan & Vedel*, *liv.* 2, *chap.* 36.

Le ſupplément de la légitime eſt ſi favorable, que l'article 52 de l'Ordonnance de 1735 a voulu auſſi qu'il eût lieu à l'avenir dans les Pays même dans leſquels cette demande n'avoit pas été admiſe juſqu'alors, ou avoit été prohibée dans certains cas.

Cela peut s'appliquer à quelques Coutumes dans leſquelles les filles mariées & dotées, ou ayant renoncé à leurs droits par leur contrat de mariage, étoient exclues de rien demander, comme on le voit dans *Brodeau ſur Louet*, *lettre R. chap.* 17 ; *Coquille*, *Inſtit du Droit François*, *pag.* 124 ; mais cela ne change rien à la Juriſprudence de cette Province, où l'on a toujours jugé que les filles mariées, ayant généralement renoncé & fait quittance de leurs droits, ou ſe trouvant autrement exclues par la Coutume locale, ſont néanmoins recevables à pourſuivre leur ſupplément de légitime après le décès de leurs pere & mere, eu égard à la portée de leurs biens au tems de leur décès, comme on le voit dans *Maynard*, *liv.* 4, *chap.* 19, 20, *& ſuiv. Catellan*, *liv.* 2, *chap.* 36 *&* 42.

Du reſte, ceci nous donne occaſion de parler de l'article 50 du Statut local de la ville de Montpellier, par lequel l'inſtitution d'héritier n'eſt pas requiſe pour la validité des teſtamens, & qui veut en même tems que les enfans ſe contentent de ce qu'il plaît à leurs pere & mere de leur léguer, ſans pouvoir même prétendre le ſupplément de légitime.

Des termes de ce Statut on peut conclure, ce ſemble, qu'à la rigueur l'inſtitution des légitimaires n'eſt pas néceſſaire à Montpellier ; & c'eſt l'avis de la plupart des Avocats, d'autant que cette Ville étant ſituée en Pays de Droit Ecrit, où cette inſtitution eſt requiſe, on peut dire que ce Statut n'a été fait que pour y déroger. L'Ordonnance de 1735, art. 55, a même déclaré qu'elle n'entendoit pas donner atteinte aux Statuts qui permettent par exprès de laiſſer la légitime à autre titre que celui d'inſtitution : cependant il n'eſt pas prudent même à Montpellier de manquer à l'inſtitution des légitimaires.

Pour ce qui eſt de la prohibition du ſupplément de la légitime portée par ce Statut, la Juriſprudence du Parlement de Toulouſe avoit expliqué la choſe, de façon que les habitans de Montpellier pouvoient ſe contenter de laiſſer à un enfant la moitié de la légitime, mais que s'il avoit été

laiſſé au deſſous de cette moitié, l'enfant avoit droit de demander ſa légitime entiere. *Maynard, liv.* 7, *chap.* 17.

Cependant l'Ordonnance de 1735, art. 52, que nous venons de citer, ayant voulu que le ſupplément eût lieu dans tous les Pays & dans tous les cas où il n'avoit pas été admis, ou avoit été prohibé juſqu'alors, & ayant ajouté en l'art. 55, que dans les Pays même où les Statuts permettent par exprès de laiſſer la légitime à autre titre que celui d'inſtitution, la demande en ſupplément de légitime auroit lieu en la maniere déja ordonnée par l'art. 52, je tiens que le Statut de Montpellier ſe trouve aſſez clairement abrogé par ladite Ordonnance, quant à la prohibition, d'ailleurs odieuſe du ſupplément de la légitime; enſorte que les habitans de Montpellier n'ont plus la liberté de ne laiſſer, ſouvent ſans aucune raiſon, à leurs enfans que la moitié de la légitime, & que les enfans ne ſont plus obligés de s'en contenter, ſans qu'on puiſſe alléguer que quant à la ville de Montpellier la moitié de la légime doit être regardée comme une légitime entiere, aux termes de la Juriſprudence rapportée par *Maynard*; car ce raiſonnement eſt mauvais, puiſqu'au contraire la Juriſprudence des Arrêts n'avoit fait qu'apporter un tempérament à la rigueur du Statut, en voulant que la moitié de la légitime fût léguée à l'enfant, & qu'autrement la même Juriſprudence lui accordoit ſa légitime en entier, ou exigeoit même pour que les parens puſſent ſe contenter de ne laiſſer que la moitié de la légitime dans les teſtames olographes, qu'ils appellaſſent des témoins à ces teſtamens, tout comme aux autres, en conformité dudit Statut, comme il avoit été jugé par un Arrêt du Parlement de Toulouſe du 28 Juin 1729, dans la cauſe du ſieur de Lagardie contre M. Tremulet, Préſident en la Cour des Aydes: en un mot, on n'avoit jamais confondu ni prétendu confondre la moitié de la légitime avec la légitime entiere telle que de droit; la moitié de la légitime léguée n'étoit pas, mais valoit & équipolloit tout au plus à une légitime entiere, à l'effet d'opérer ſeulement que le ſupplément fût alors prohibé; au lieu que, ſuivant l'Ordonnance, le ſupplément doit avoir lieu aujourd'hui dans les Pays même & dans les cas où il avoit été prohibé, ou n'avoit pas été admis: on n'avoit cherché enfin qu'à mitiger la dureté du Statut; mais il n'y a plus d'adouciſſement à pratiquer depuis cette Ordonnance, qui dans tous les Pays & dans tous les cas veut que ſi on a laiſſé au légitimaire moins que la légitime qui lui eſt accordée par le Droit, il ait toujours indiſtinctement l'action pour en demander le ſupplément.

Dans les Pays Coutumiers il n'eſt point dû de légitime aux aſcendans ſur les biens de leurs enfans, quoique décédés ſans enfans. *Louet & Bradeau, lettre L. chap.* 1; *Le Brun, des ſucceſſ. liv.* 1, *chap.* 5, *ſect.* 8, *n.* 27; mais dans les Pays de droit Ecrit la légitime eſt due aux pere & mere ou autres aſcendans ſans difficulté par les enfans qui décedent ſans

postérité ; ce qui a lieu, quand même les ascendans seroient remariés, comme l'observe *Dolive*, *liv.* 3, *chap.* 7 & 8 ; cette légitime se régle, eu égard au total des biens du défunt, & est le tiers du total desdits biens, à partager entre les pere & mere, s'ils vivent, ou pour l'un d'eux seulement, si l'autre est décédé : & en défaut des pere & mere, il en est de même des autres ascendans. *Dolive*, *liv.* 3, *chap.* 9.

Autrefois quand l'enfant décédé avoit laissé, outre ses ascendans, des freres ou des sœurs, & qu'il avoit institué quelqu'un de ses freres ou sœurs, la légitime du pere ou de la mere n'étoit réglée qu'au tiers de ce qu'ils auroient eu, si l'enfant étoit mort *ab intestat*, c'est-à-dire, qu'elle n'étoit que le tiers du tiers de l'hérédité ; au lieu que si l'enfant avoit institué une personne étrangere, la légitime de l'ascendant étoit alors réglée sans aucune difficulté au tiers du total ; *Dolive*, *dict. loc. Catellan*, *liv.* 2, *chap.* 84 ; *Boutaric*, *Instit. pag.* 300 ; mais l'Ordonnance de 1735, art. 61, a changé cette Jurisprudence, & a voulu que la légitime des ascendans dans les lieux où elle leur est due, fût toujours reglée, eu égard au total des biens, soit que le défunt ait institué ses freres ou sœurs, soit qu'il ait institué des étrangers.

Pour ce qui est des enfans & descendans, leur légitime est reglée par l'article 298 de la Coutume de Paris, à la moitié de la part & portion que chacun auroit eu en la succession *ab intestat* de ses pere, mere, ayeuls, ou autres ascendans ; & à l'égard même des Coutumes qui ne reglent pas la légitime des enfans, les derniers Arrêts ont jugé qu'il falloit suivre la Coutume de Paris plutôt que le Droit Romain ; mais dans tous Pays de Droit Écrit on suit pour la quotité de la légitime la Novelle 18, *cap.* 1, qui veut que lorsqu'il y a quatre enfans ou au dessous, ils aient pour leur légitime le tiers de l'entiere hérédité à partager entre eux, & la moitié, lorsqu'il y a plus de quatre enfans : sur quoi on a fait ce distique.

Quatuor aut infrà natis dant Jura trientem,
Semissem verò, si fuerint quinque vel utrà.

Pour ce qui est des freres ou sœurs du testateur, dans le cas où ils ont droit de légitime, *institutâ turpi personâ*, leur légitime est aussi reglée au tiers ou à la moitié de la succession à partager entr'eux.

Du reste, les enfans représentent leurs pere ou mere prédécédés, quant à la succession & quant à la légitime : ainsi un des enfans en premier dégré, venant à prédécéder, laissant des enfans, ceux-ci n'auront, dans le cas où leur ayeul a fait testament, d'autre légitime tous ensemble sur les biens de cet ayeul, que celle que leur pere auroit eu, s'il avoit vécu ; c'est-à-dire, que tous les petits-fils nés d'un même enfant ne sont comptés que pour un, lorsqu'il y a d'autres enfans en premier dégré, ou d'autres petits-fils d'un

autre enfant auſſi prédécédé, parce qu'alors ils ne viennent les uns & les autres que par droit de repréſentation. *Ranchin & Bornier, verb. legitima, art.* 31, & 32; *Le Brun, des ſucceſſ. liv.* 2, *chap.* 3, *ſect.* 3, *n.* 3.

Si au contraire un ayeul ne laiſſe que des petits-fils d'un ſeul & unique fils décédé, alors ils viennent *proprio jure*, plutôt que comme repréſentant leur pere, & peuvent même avoir pour leur légitime plus que n'auroit eu leur pere, c'eſt-à-dire, non ſeulement le tiers des biens à partager, lorſqu'ils ſont au nombre de quatre, mais même, & ſur-tout lorſque l'ayeul a inſtitué un étranger, ils doivent avoir la moitié de l'hérédité, s'ils ſont cinq ou davantage, tandis que leur pere n'auroit eu que le tiers. *Le Brun, dict. loc. n.* 2; *Boutaric. inſtit. pag.* 303. & 389.

On fait entrer dans la maſſe des biens & dans le patrimoine pour regler les légitimes, non ſeulement tous les biens que le pere ou la mere qui doit la légitime, à laiſſé en mourant, mais encore les donations entre-vifs qu'il pourroit avoir fait à ſes enfans de ſon vivant, ſoit à titre de dot, ou autrement, & les donations même entre-vifs qu'il pourroit avoir fait à des perſonnes étrangeres; & en un mot, on y fait entrer tout ce dont le pere ou la mere a diſpoſé à titre gratuit, ſoit entre-vifs, ou à titre de mort, ſans diſtinguer, ſi c'eſt en faveur des enfans, ou en faveur des étrangers; *Duperier, liv.* 1, *quæſt.* 2; *Ricard, des donations, tom.* 1, *part.* 3, *ch.* 8, *ſect.* 8, quoi qu'en diſe ici *Boutaric*, qui s'eſt retracté lui-même ſur l'article 34 de l'Ordonnance des Donations de 1731; mais on n'y fait pas entrer les donations des fils ou filles Religieuſes, leſquels étant mort civilement ne ſont pas non plus au nombre des enfans capables de légitime. *Le Brun, des ſucceſſ. liv.* 2, *chap.* 3, *ſect.* 6, *n.* 15.

Lorſque les biens que le teſtateur a laiſſé en mourant, ſans en avoir diſpoſé, ou ſans l'avoir fait autrement que par des diſpoſitions de derniere volonté, ne ſuffiſent pas pour parfournir la légitime des enfans, eu égard à la totalité des biens compris dans les donations entre-vifs par lui faites, & de ceux qui n'y ſont pas compris; leſdites donations entre-vifs ſont retranchées comme inofficieuſes, à concurrence de ce qui manque pour parfournir la légitime des enfans, & l'on retranche pareillement les dots même au *prorata*; mais ce retranchement ne ſe fait pas par contribution ſur toutes les dots & donations entre-vifs; au contraire il ſe prend premierement ſur la derniere donation ou dot, & ſubſidiairement ſur les autres, en remontant des dernieres aux premieres; & lorſqu'un ou pluſieurs des donataires ſont du nombre des enfans du donateur, qui auroient eu droit de demander leur légitime, ſans la donation qui leur a été faite, ils retiennent les biens à eux donnés, à concurrence de la valeur de leur légitime, & ne ſont tenus de la légitime des autres enfans que pour l'excédant: telle eſt la diſpoſition de l'article 34, de l'Ordonnance des Donations du mois de Février 1731, ce qui eſt conforme

forme à la Juriſprudence rapportée par *Cambolas*, *liv.* 2, *chap.* 30; *Graverol ſur la Roche*, *liv.* 6, *titr.* 63, *art.* 14.

On jugeoit autrefois, à la vérité, que les dots qui ſe trouvoient inofficieuſes, ne pouvoient être retranchées pour la légitime des autres enfans qu'après la mort du mari auquel la dot avoit été conſtituée, qui étoit regardé, quant à cette dot, comme un créancier, *Graverol*, *dict. loc. Dolive*, *liv.* 3, *chap.* 21; *Catellan*, *liv.* 4, *chap.* 65; *Boutaric*, *Inſtit. pag.* 305; mais cette Juriſprudence a été abrogée avec raiſon par l'article 35 de la même Ordonnance de 1731, qui porte que la dot, même celle qui aura été payée en deniers, ſera ſujette au retranchement pour la légitime dans l'ordre dont on vient de parler, & que cela aura lieu, quoique la légitime ſoit demandée pendant la vie du mari.

§. 4 & 5. *Si tutor nomine pupilli*, *&c.*

Il réſulte de ces deux paragraphes que l'approbation du teſtament du pere fait par le fils en recevant le legs qui lui avoit été laiſſé, l'empêchoit d'attaquer enſuite le teſtament comme inofficieux, ainſi que nous l'avons déja dit ſur le paragraphe précédent, & que même après avoir attaqué le teſtament par inofficioſité, & avoir ſuccombé, l'enfant n'étoit plus recevable à demander le legs qui lui avoit été fait; mais tout cela paroît inutile parmi nous, où la plainte d'inofficioſité n'a preſque plus lieu, & où, comme nous l'avons remarqué, la réception du legs n'empêche pas l'enfant de demander le ſupplément de ſa légitime.

Au ſurplus, quant à la fauſſeté ou à la nullité du teſtament, la réception du legs n'empêche pas de les propoſer, ni que le légataire ne puiſſe enſuite attaquer le teſtament comme faux ou comme nul, ni qu'après l'avoir ainſi attaqué ſans ſuccès, il ne puiſſe demander le légat y contenu; parce que dans ces deux cas *judicium defuncti non impugnatur*, comme par la querelle d'inofficioſité, *ſed de jure tantùm diſputatur. Leg.* 5 *&* 24, *ff. de his quæ ut indignis*; *Catellan*, *liv.* 2, *chap.* 33.

§. 6. *Igitur quartam quis debet habere ut de inofficioſo agere non poſſit*, *ſive jure hæreditario*, *ſive jure legati*, *vel fideicommiſſi*, *vel ſi mortis cauſâ ei quarta donata fuerit.*

Ceci a été abrogé par la Novelle 115, *cap.* 3, qui veut expreſſément que la légitime ſoit laiſſée ſous le titre d'inſtitution, & non par aucun legs, donation, ou fidéicommis, *nec ſi per quamlibet donationem*, *vel legatum*, *vel fideicommiſſum*, *vel alium quemcumque modum eis dederit Legibus debitam portionem*, ſans quoi elle ordonne que le teſtament ſoit nul, quant à l'inſtitution de l'héritier, tout comme s'il y avoit une prétérition abſolue; & cela ſe juge ainſi, quand même le teſtament contiendroit la clauſe codicillaire, laquelle eſt à cet égard de nul effet, & ne ſauroit

couvrir la nullité réſultante de la prétérition ou du défaut d'inſtitution de quelqu'un des légitimaires : le Parlement de Toulouſe le décida de cette maniere par un Arrêt du 3 juillet 1740, qui caſſa le teſtament du ſieur Antoine Viala du 25 mai 1724, lequel en inſtituant ſon épouſe héritiere, n'avoit fait que des legs à ſes enfans, ſans les inſtituer ſes héritiers particuliers, bien que ce teſtament contînt la clauſe codicillaire. On peut voir ce que j'ai déja dit à ce ſujet ſur le Titre *de exhæredatione liberorum, in princip.*

Cependant quoique la légitime doive toujours être laiſſée ſous le titre honorable d'inſtitution, & non par ſimple legs, donation, ou fidéicommis, à peine de nullité, on n'a pas laiſſé de douter ſi cela devoit avoir lieu dans le cas même d'un fidéicommis univerſel, c'eſt-à-dire, ſi le fils ou les enfans qui n'avoient pas été inſtitués héritiers particuliers en ce qui leur avoit été légué, mais qui avoient été ſubſtitués par un fidéicommis univerſel & conditionnel, devoient être regardés comme prétérits, ou ſi du moins ce fidéicommis univerſel fait en leur faveur ne couvroit pas le vice de la prétérition ou du défaut d'inſtitution, en jettant ſeulement tout délai, quant à la légitime deſdits enfans ſubſtitués.

Les uns tiennent, ſur le fondement de la Loi 36, §. 1, *cod. de inoff. teſtam.* que le teſtament eſt alors valable, & que le vice de la prétérition ou du défaut d'inſtitution eſt couvert par le fidéicommis univerſel fait en faveur du légitimaire; parce qu'ils prétendent que la Loi citée n'a pas été abrogée par la Novelle 155. *Vid Ferrieres, in quæſt.* 456 *de Guypap. Dolive, liv.* 5, *chap.* 12, *in fine*; *Duperier, liv.* 1, *queſt.* 24; *Boutaric, Inſtit. pag.* 308.

Les autres ſoutiennent que l'enfant n'eſt pas ſuffiſamment inſtitué au moyen d'un fidéicommis univerſel, que le vice de la prétérition n'eſt pas couvert, & que la Novelle 115 a abrogé en ce point les Loix du Code, d'autant plus qu'elle ne diſtingue point les legs ou fidéicommis, ſoit particuliers, ſoit univerſels, ſuivant ces termes, *nec ſi per quemlibet legatum, vel fideicommiſſum, vel alium quemcumque modum*; & cet avis paroît même appuyé ſur l'article 50 de l'Ordonnance des Teſtamens de 1735, qui ſemble n'avoir fait autre choſe que ſe conformer à ladite Novelle 115, pour ce qui concerne les Pays de Droit Ecrit, où ladite inſtitution d'héritier eſt néceſſaire. *Vid. Ricard, tom.* 1, *part.* 3, *chap.* 8, *n.* 854, *& ſuiv. la gloſe ſur la Loi* 36, §. 1, *de inoff. teſtam. Henrys, tom.* 1, *liv.* 5, *queſt.* 27.

C'eſt conformément à ce dernier ſentiment que la queſtion a été jugée par un Arrêt du Parlement de Toulouſe du 23 Août 1747, rendu au rapport de M. Reymond, pour la demoiſelle Cluzet & la demoiſelle Vidal de ladite ville de Toulouſe, contre la demoiſelle Generes leur mere, veuve du ſieur Brandelac, Marchand; ladite demoiſelle Generes avoit été inſtituée hé-

ritiere par le teſtament clos du ſieur Brandelac ſon mari du 18 Décembre 1732, antérieur même à l'Ordonnance de 1735, par lequel il avoit fait un legs de 5000 liv. à chacun de ſes enfans, ſans les inſtituer ſes héritiers particuliers, donnant la faculté à ladite demoiſelles Generes de partager l'héréditité entre ſes enfans, auxquels il la chargeoit de rendre à la fin de ſes jours, & d'avantager ceux qu'elle trouveroit à propos; leſdites demoiſelles Cluzet & Vidal avoient même reçu depuis ce teſtament de la part de leur mere le payement de leurs légats & du ſupplément de légitime dont elles avoient fait quittance; & néanmoins il fut jugé malgré tout cela, & ſans avoir égard aux fins de non recevoir qui leur étoient oppoſées, que le teſtament étoit nul, quant à l'inſtitution héréditaire faite en faveur de la mere, au fidéicommis dont elle étoit chargée envers ſes enfans, & à la faculté qui lui avoit été donnée d'avantager certains d'entr'eux; & ces demoiſelles furent maintenues chacune en un cinquieme de la ſucceſſion de leur pere qui avoit laiſſé cinq enfans, avec reſtitution des fruits depuis ſon décès, ſans avoir non plus aucun égard à la clauſe codicillaire inſérée audit teſtament, & ſans préjudice néanmoins de l'exécution du ſurplus des diſpoſitions y contenues.

Il y a encore un autre Arrêt du 17 Mars 1746, qui caſſa le teſtament de la Dame de Peyre fait en faveur du ſieur de l'Hôpital ſon mari, à la charge de rendre l'hérédité à leur fils, parce que ce fils n'avoit pas été inſtitué héritier particulier, & ne laiſſa ſubſiſter ce teſtament que pour les légats.

Il faut décider la même choſe dans le cas de la ſubſtitution vulgaire faite en faveur du fils, malgré la Loi 43, §. 2, *ff. de vulgar.* quoi qu'en diſe *Ricard*, *dicto loco*, c'eſt-à-dire, qu'elle ne ſauroit couvrir non plus le vice de la prétérition ou du défaut d'inſtitution du légitimaire; parce que cette ſubſtitution, non plus que le fidéicommis même univerſel, n'eſt rien moins qu'une inſtitution actuelle, préſente, & ſans condition, telle qu'elle eſt requiſe par la Novelle 115.

Au reſte, les Arrêts des 3 juillet 1740, 17 mars 1746, & 23 août 1747, dont nous venons de parler, n'ont été rendus que contre des mere ou pere inſtitués héritiers; mais il y a lieu de dire que la prétérition ou le défaut d'inſtitution de quelqu'un des légitimaires doit opérer le même effet & la même nullité du teſtament, quand même l'un d'entr'eux, comme, par exemple, l'aîné, ſe trouveroit inſtitué héritier univerſel, attendu que la Novelle 115 ne fait aucune diſtinction à ce ſujet, & que l'Ordonnance de 1735, art. 50 & 53, ne diſtingue pas non plus. On trouve des Arrêts à ce ſujet dans *Henrys*, *tom.* 1, *liv.* 5, *queſt.* 27 *& queſt.* 40, *de l'edition de* 1708, & un autre Arrêt dans *le Journal du Palais*, *tom.* 2, *pag.* 537, où l'on n'eut même aucun égard à l'approbation du teſtament fait par le légitimaire.

On doit auſſi remarquer que quoique par l'Arrêt qu'on lit dans *Catellan*,

liv. 2, *chap.* 33, il ait été juge qu'un fils légataire dans le teſtament de ſa mere d'une ſomme ſans titre d'inſtitution ne pouvoit pas, après avoir reçu ce légat ou ſa légitime, demander enſuite la caſſation du teſtament, ſous prétexte de ce défaut d'inſtitution; parce que cette nullité ſe réduiſoit à une plainte d'inofficioſité, en laquelle il étoit irrécevable, puiſqu'en recevant le legs il avoit approuvé la maniere & les termes dans leſquels il lui avoit été fait : on juge aujourd'hui tout le contraire, parce qu'il ne s'agit pas, dit-on, d'une plainte d'inofficioſité, mais d'une nullité eſſentielle prononcée par la Novelle 115, & que, ſuivant la Loi 5, *ff. de his quæ ut indignis*, la quittance ou réception du légat, quoiqu'elle exclue la plainte d'inofficioſité, n'exclut pas celle de la nullité du teſtament; & cela a été jugé de même par les Arrêts des 3 juillet 1740 & 23 août 1747, dont nous venons de parler, qui n'ont eu aucun égard aux acquieſcemens des légitimaires.

Vel inter vivos, in iis caſibus quorum mentionem facit noſtra Conſtitutio.

Par le Droit Romain, en la Loi 29 & en la Loi 35, *cod. de inoff. teſtam.* il n'y avoit que les dots conſtituées à la fille, ou les donations faites au fils à cauſe de nôces, qui duſſent être imputées en la légitime par les enfans; car les autres donations que les parens pouvoient avoir fait de leur vivant, n'étoient pas imputables, ſi elles n'avoient été faites nommément ſous la condition de cette imputation; mais cela n'eſt pas obſervé en France, où toutes les donations faites aux enfans par leurs pere ou mere, ſoit entre-vifs, ou à cauſe de mort, étant regardées comme faites en avancement d'hoirie, ſont auſſi toutes ſujettes à être imputées en la légitime, de même qu'à être rapportées dans la ſucceſſion *ab inteſtat*, ſi elles n'en ont été diſpenſées par le donateur. *Vid. Dolive, liv.* 5, *chap.* 30; *Cambolas, liv.* 2, *chap.* 16; *Ricard, tom.* 1, *part.* 3, *chapitre* 8, *ſection* 11.

On diſpenſe pourtant de l'imputation en la légitime les dépenſes & fraix que le pere a fait pour l'éducation de ſon fils, ou pour ſes études, de même que les fruits qui ne ſont jamais imputés par les deſcendans, ni même par les aſcendans, ſur leur légitime; mais on ſoumet à cette imputation ce que le pere a dépenſé pour l'établiſſement de ſon fils, ou pour lui faire prendre un emploi, &c. *Vid. Catellan, liv.* 2, *chap.* 64.

Lorſqu'un enfant a reçu des donations ou une dot de ſon pere pendant ſa vie, quoiqu'à concurrence de ce que peut monter ſa légitime, ou au-delà, & qu'enſuite le pere ne fait pas mention de lui dans ſon teſtament, & ne l'inſtitue pas du moins ſon héritier particulier en la dot ou donation qu'il lui avoit fait, cet enfant doit ſans difficulté être regardé comme prétérit, aux termes de la Novelle 115, & peut faire caſſer le teſtament par prétérition ou par le défaut d'inſtitution en ce qui lui avoit été donné; on

on le jugeoit ainſi avant l'Ordonnance de 1735, comme il paroît par l'Arrêt rapporté dans *le Journal du Palais*, *tom.* 1, *pag.* 267, & on le jugeroit de même aujourd'hui, malgré ce que dit *Boutaric*, *Inſtit. pag.* 309, puiſque ladite Ordonnance n'a rien changé à cela, & veut au contraire dans les art. 50 & 53 que le défaut d'inſtitution du légitimaire ſoit toujours un moyen de nullité du teſtament, ſans diſtinguer même ſi c'eſt un étranger ou un des enfans qui ait été inſtitué héritier univerſel; de ſorte que les pere & mere qui ont conſtitué des dots ou fait des donations à quelqu'un de leurs enfans durant leur vie, ne doivent pas manquer de les inſtituer héritiers particuliers dans leur teſtament, du moins en ce qu'ils leur ont déja donné, pour éviter la caſſation du teſtament.

TITRE XIX.

De Hæredum qualitate & differentiâ.

§. 1. *Neceſſarius hæres eſt ſervus à domino inſtitutus.*

CECI eſt inutile parmi nous, n'y ayant point d'eſclaves, d'autant mieux qu'il n'y a que d'héritiers volontaires en France, comme nous l'allons dire.

§. 2. *Sui autem & neceſſarii hæredes ſunt liberi qui in poteſtate morientis fuerint, ſed his Prætor permittit volentibus abſtinere hæreditate.*

Par l'Edit du Préteur, dont il eſt ici parlé, les enfans, quoiqu'en la puiſſance du teſtateur, ayant la liberté de s'abſtenir de l'hérédité paternelle, on ne peut plus les regarder comme des héritiers néceſſaires : auſſi tenons-nous pour une maxime conſtante dans ce Royaume, conformément à la Coutume de Paris, art. 316, que *nul n'eſt héritier qui ne veut*, c'eſt-à-dire, que tous les héritiers ſont volontaires; ce qui convient tant aux enfans émancipés, ou non, qu'à tous autres héritiers & ſucceſſeurs.

Cela n'a rien de contraire à cette autre maxime qui eſt également générale en France, priſe de l'article 318 de la même coutume de Paris, ſavoir, que *le mort ſaiſit le vif*, c'eſt-à-dire, que tout héritier, ſoit par teſtament, ou *ab inteſtat*, ſoit en ligne directe ou collatérale, eſt ſaiſi de plein droit de la ſucceſſion, & la tranſmet même à ſes héritiers, ſoit qu'avant ſa mort il l'eût acceptée, ou non, puiſqu'en France *hæreditas etiam non adita tranſmittitur*; qu'en un mot toute hérédité ou ſucceſſion eſt acquiſe dès le moment qu'elle eſt déférée, indépendamment de toute acceptation: car quoique la Loi défere à l'héritier habile l'hérédité dès la mort du défunt, il lui eſt libre de rejetter ce titre & cette qualité d'héritier ou de ſucceſſeur, d'accepter la ſucceſſion, ou d'y renoncer.

Les enfans, soit en la puissance du défunt, ou émancipés, sont aujourd'hui si peu regardés comme des héritiers nécessaires, que la Novelle 118, *cap.* 1, a appellé indistinctement les uns & les autres à la succession de leur pere, & qu'ayant d'ailleurs par l'Edit du Préteur, en la Loi 8, *ff. de acquir. hæred.* le bénéfice d'abstension qui ne leur ôte pourtant par le droit de suïté, ils peuvent même en tout tems répudier ou s'abstenir, quand même ils n'auroient pas fait d'inventaire, & que le tems de le faire seroit expiré, pourvu néanmoins qu'ils ne se soient pas portés pour héritiers étant majeurs, c'est-à-dire, qu'ils n'aient pas fait d'acte d'héritiers de leurs pere ou mere, & que les actes ou jouissances qu'ils on fait, ils aient pu les faire à autre titre que celui d'héritiers : cela a été ainsi jugé par une foule d'Arrêts du Parlement de Toulouse, & entr'autres par un Arrêt du 10 mars 1742, qui reçut le sieur Poulalion à s'abstenir de l'hérédité de sa mere, nonobstant le défaut d'inventaire, n'étant pas prouvé qu'il se fût immiscé dans ladite hérédité. Nous expliquerons ci-après ce que c'est que s'immiscer, ou faire acte d'héritier.

§. 4. *In extraneis hæredibus, &c.*

Ce que dit ici Justinien, qu'il faut que l'héritier étranger soit capable & habile d'hériter, non seulement lors du testament & lors du décès du testateur, mais encore lorsqu'il accepte l'hérédité, est tout-à-fait inutile, & ne peut servir de rien dans ce Royaume, quant au tems de ladite acceptation, à cause de la maxime, *le mort saisit le vif*, qui défere l'hérédité dès le moment de la mort du testateur, sans qu'il soit besoin, comme nous l'avons dit, d'aucune acceptation; ensorte que ce dernier tems n'est pas différent par conséquent de celui du décès du testateur.

A l'égard des enfans appellés en droit *sui hæredes*, il avoit toujours été suffisant qu'ils fussent capables d'hériter au tems de la mort du testateur, *Leg.* 3, §. *liberi*, *ff. de bonor. possess. contra tabulas*; & c'est peut-être par cette raison que l'Empereur ne parle ici que des héritiers étrangers, à l'égard desquels il exige la capacité, tant lors du testament, que lors du décès du testateur : cette capacité de l'héritier lors du testament étoit requise, afin que l'institution pût subsister, à cause de la regle catonienne qui ne permettoit pas que ce qui n'étoit pas valable dès le commencement, pût le devenir par la suite du tems. Mais nous ne suivons pas en France cette rigueur ou cette subtilité à laquelle les Jurisconsultes avoient eux-mêmes apporté plusieurs limitations, & nous nous contentons que l'héritier institué soit capable au tems de la mort du testateur; ce qui a lieu également à l'égard des légitimaires & des fidéicommissaires, jusques-là que si le légat ou le fidéicommis a une échéance plus éloignée que le décès du testateur, il suffit de la capacité du légataire ou du substitué au jour que ledit legs ou fidéicommis vient à écheoir.

Ce que nous venons de dire de la capacité de l'héritier requiſe ſeulement au tems de la mort du teſtateur, eſt conforme à l'art. 49 de l'Ordonnance des Teſtamens de 1735, qui porte, que *l'inſtitution d'héritier faite par teſtament ne pourra valoir en aucun cas, ſi celui ou ceux au profit de qui elle aura été faite, n'étoient nés ni conçus lors du décès du teſtateur* : ce qui s'applique proprement aux héritiers étrangers, puiſqu'un teſtateur ne peut pas avoir d'enfans qui ne ſoient nés ou conçus lors de ſon décès.

Cet article 49 de ladite Ordonnance, en ce qu'il n'excepte aucun cas, doit s'entendre même d'une inſtitution conditionnelle, tout comme d'une inſtitution pure & ſimple; enſorte qu'il ne ſuffiroit pas que l'héritier inſtitué ſous condition fût capable lors ſeulement de l'événement de la condition, s'il ne l'étoit auſſi au tems de la mort; & cela eſt conforme aux principes, ainſi que *Vinnius* l'explique ſur ce paragraphe, *n.* 7, en ces termes : *dictum eſt*, dit cet Auteur, *tempus conditionis exiſtentis retrotrahi ad tempus mortis, & cum eo conjungi; atqui hoc fieri non poteſt, ſi tempore mortis cum hærede non fuerit teſtamenti factio : nam etſi ex conditionali inſtitutione non deferatur hæreditas tempore mortis, ſed demùm exiſtente conditione, quam ob cauſam etiam in capacitate hæredis illius temporis ratio habetur, nihilominùs tamen tempus mortis in eodem negotio ſpectandum eſt; quia exiſtente conditione ad id tempus recurritur, & perindè habetur, ac ſi purè inſtitutio facta eſſet.*

Il faut pourtant prendre garde que l'article 49 déja cité ne parle nommément que des inſtitutions d'héritier faites par teſtament, d'où il ſuit qu'il ne s'applique pas aux inſtitutions contractuelles; car on peut en effet inſtituer valablement par un contrat de mariage une perſonne qui néanmoins ne ſe trouvera ni née ni conçue lorſque l'inſtituant viendroit à décéder, comme ſi l'on inſtituoit ou ſi l'on promettoit d'inſtituer l'aîné des enfans qu'une perſonne qui ſe marie pourroit avoir; les raiſons en ſont, que les contrats ſont valables par eux-mêmes, ſans que le décès du contractant vienne en aucune conſidération : au lieu que le teſtament ne prend force que par la mort du teſtateur, que les inſtitutions ou promeſſes d'inſtituer contractuelles valent des donations, & qu'étant faites en contrat de mariage, même par des collatéraux ou par des étrangers, l'acceptation n'y eſt pas même néceſſaire, ſuivant l'article 13 de l'Ordonnance des Donations de 1731.

Au ſurplus, l'article 49 de l'Ordonnance concernant les Teſtamens ne parle que des inſtitutions d'héritier, & non des fidéicommis ou ſubſtitutions fidéicommiſſaires faites par teſtament en faveur des perſonnes qui ne ſe trouveroient ni nées ni conçues lors du décès du teſtateur; parce qu'en effet ces ſortes de ſubſtitutions ſont valables, quoique la ſubſtitution ne ſoit proprement qu'une ſeconde inſtitution; parce qu'il ſuffit que lorſque le teſtateur vient à mourir, ſon hérédité ſoit acceptée par l'héritier, & que cette acceptation profite à tous les fidéicommiſſaires & légataires pour leſquels l'héritier l'acquiert, auſſi bien que pour ſoi-même, pour la leur rendre dans le

tems : ainſi il eſt trivial qu'on peut ſubſtituer des perſonnes qui ne ſont pas encore nées ni conçues lors de la mort du teſtateur, & que ces fidéicommis valent, pourvu que ces perſonnes ſoient *in rerum naturâ tempore conditionis exiſtentis*, c'eſt-à-dire, nées ou conçues, lorſque l'échéance du fidéicommis arrive : car du reſte la conception ſeule équipolle à la naiſſance dans ces matieres. *Vid. Faber, cod. lib.* 6, *tit.* 6, *def.* 9, *n.* 1 ; *Maynard, liv.* 5, *ch.* 37, *in fine* ; *Le Brun, des ſucceſſions, liv.* 1, *ch.* 3, *n.* 3.

§. 5. *Sed noſtra benevolentia commune omnibus hoc beneficium præſtitit.*

Tous héritiers & ſucceſſeurs ont la liberté de répudier une hérédité ou ſucceſſion qui leur eſt déférée, de même que les enfans ont la liberté de s'en abſtenir ; il eſt vrai que ſi les uns ou les autres ſe ſont une fois immiſcés dans l'hérédité, ou ſe ſont portés pour héritiers, ils ne peuvent plus répudier ni s'abſtenir, lorſqu'ils n'ont pas fait un inventaire valable, s'ils n'étoient mineurs de vingt-cinq ans, comme il eſt dit dans ce paragraphe ; mais par le moyen du bénéfice d'inventaire dont l'Empereur parle en cet endroit, introduit par la Loi *ſcimus*, *cod. de jure deliberandi*, & qui a lieu dans tout le Royaume, tout héritier, quoique majeur, peut librement accepter une hérédité, & la répudier enſuite en tout tems ; car l'effet du bénéfice d'inventaire conſiſte en ce que l'héritier bénéficiaire n'eſt jamais tenu des dettes paſſives qu'à concurrence des biens de la ſucceſſion, & que d'ailleurs il ne fait aucune confuſion des actions ou droits qu'il pouvoit avoir contre le défunt ou ſur ſon hérédité.

On peut auſſi ſe porter pour héritier en tout tems & durant trente ans ; les créanciers même de l'hérédité, légataires, & autres intéreſſés ne peuvent pas obliger l'héritier de prendre cette qualité ou de renoncer à la ſucceſſion, du moins pendant le délai de trois mois de l'inventaire & le délai de quarante jours pour délibérer, dont il ſera parlé ci-après ; ce n'eſt qu'après ces délais qu'il faut que l'héritier s'explique, & qu'on peut l'y contraindre.

Dans la plupart des Pays Coutumiers, pour pouvoir ſe porter pour héritier par bénéfice d'inventaire, il faut obtenir des Lettres de la Chancellerie ; mais dans les Pays de Droit Ecrit, où le bénéfice d'inventaire eſt de droit & accordé par la Loi, il n'eſt pas beſoin de prendre pour cela des Lettres royaux, du moins cela n'a jamais eu lieu dans cette Province. *Vid. Le Brun, des ſucceſſions, liv.* 3, *chap.* 4, *n.* 2.

Dans la Coutume de Paris, ſuivant les articles 242 & 343 de ladite Coutume, & dans pluſieurs autres, l'héritier en ligne directe qui veut ſe porter pour héritier par bénéfice d'inventaire, n'eſt pas exclu par les autres parens qui voudroient accepter purement & ſimplement, au lieu qu'en la ligne collatérale l'héritier ſimple exclut le bénéficiaire ; mais dans les Pays de Droit Ecrit cette excluſion eſt entierement inconnue, enſorte que tout héritier ou ſucceſſeur qui ne veut accepter que ſous bénéfice d'inventaire, n'y

n'y eſt jamais exclu, ni par un cohéritier, ni par un autre parent en degré plus éloigné qui voudroit accepter purement & ſimplement. *Vid. Maynard, liv.* 2, *chap.* 43; *Dolive, liv.* 5, *chap.* 30; *Le Brun, des ſucceſſions, liv.* 4, *chap.* 4, *n.* 52.

Un teſtateur ne peut pas prohiber ou défendre à ſon héritier de faire inventaire, parce que c'eſt un remede de droit, ni le forcer par-là à ſe porter pour héritier pur & ſimple; & la plupart des Auteurs tiennent même qu'il ne le peut pas, quand bien il auroit, après avoir prohibé l'inventaire, nommé un autre héritier à la place du premier, au cas que celui-ci voulût jouir du bénéfice d'inventaire, c'eſt-à-dire, que dans ce cas également la prohibition ſeroit inutile. *Vid. La Roche, liv.* 6, *tit.* 55, *art.* 1; *Ferrieres, in quæſt.* 352 *de Guypap. Dolive, liv.* 5, *chap.* 30; *Catellan, liv.* 2, *chap.* 43.

Si la prohibition de faire inventaire eſt inutile à l'égard de l'héritier inſtitué, elle l'eſt encore davantage ſans contredit à l'égard des créanciers de l'hérédité, qui peuvent y faire procéder pour empêcher le divertiſſement des effets; mais pour ce qui regarde les légataires ou les ſubſtitués, *Pereſius* en ſon Code *de jure liber. n.* 18, enſeigne que le teſtateur peut auſſi bien défendre la faction d'inventaire à l'héritier que l'en décharger, par cette raiſon que le teſtateur pouvoit même les priver de legs ou de la ſubtitution: *Boutaric, Inſtit. pag.* 314, paroît être auſſi de cet avis: *Catellan, liv.* 3, *chap.* 43, obſerve auſſi que le teſtateur peut décharger celui à qui il légue l'uſufruit de tous ſes biens, de faire inventaire, & que l'héritier ne peut pas y obliger cet uſufruitier: cependant *Maynard, liv.* 7, *chap.* 88; & *Ferrieres, in quæſt.* 192 *de Guypap.* tiennent que le ſubſtitué peut contraindre l'héritier grévé, qui peut être comparé a un uſufruitier, de faire inventaire aux dépens des biens ſubſtitués, malgré la prohibition du teſtateur, & je penſe, du moins quant aux ſubſtitutions, que c'eſt à quoi il faut s'en tenir depuis l'Ordonnance du mois d'août 1747 concernant les Subſtitutions, titr. 2, art. 1, & ſuiv.

Du reſte, lorſque le teſtateur lui-même a fait & dreſſé l'inventaire & deſcription de ſes biens ou effets, avec défenſe d'en faire d'autre, un tel inventaire ſuffit & eſt valable; à l'égard des ſubſtitués & des légataires, comme l'obſerve *Catellan, liv.* 2, *chap.* 43; mais il eſt néanmoins inutile à l'égard des créanciers du défunt, qui peuvent obliger l'héritier de faire un nouvel inventaire, d'autorité de Juſtice, ou autrement, le faire déclarer héritier pur & ſimple envers eux; bien plus, quoique les créanciers ne demandent pas la faction de ce nouvel inventaire, ſi l'héritier ayant connoiſſance de leurs créances s'immiſce dans l'hérédité ſans en faire d'autre, la plupart des Auteurs croient qu'il n'en doit pas moins être regardé comme héritier pur & ſimple envers eux, & qu'ils peuvent le faire condamner comme tel, ſans qu'il puiſſe être reçu à répudier, à moins que ce ne fût une femme

qui pourroit être alors excusée de son ignorance, n'ayant pas été requise de la part des créanciers pour l'obliger à faire un nouvel inventaire. *Vid. Catellan, & Vedel, liv.* 2, *chap.* 43 ; *Boutaric, Instit. pag.* 315 : ainsi je ne sais où *Fromental, pag.* 412, a trouvé que cette décision est contraire à l'Usage du Parlement de Toulouse, suivant lequel, dit-il, l'héritier a toujours été reçu à répudier sous le bénéfice de l'inventaire fait par le testateur ; il ne rapporte du moins aucun Arrêt pour appuyer ce qu'il avance, & il faudroit effectivement qu'il y eût beaucoup d'ignorance & de bonne foi de la part d'un héritier pour pouvoir le juger ainsi.

Par la Loi *scimus*, §. 2 & 3, *cod. de jure deliberandi*, l'inventaire devoit être commencé dans le mois après le décès du testateur, & achevé dans soixante jours ou dans les deux mois après avoir été commencé, à moins que les biens de l'hérédité ne fussent fort éloignés du domicile de l'héritier, auquel cas cette Loi lui accordoit une année entiere ; mais par l'Ordonnance de 1667, titr. 7, art. 1, il est indifférent dans ce Royaume que l'inventaire soit commencé plutôt ou plutard, pourvu qu'il soit fini & achevé dans les trois mois, à compter depuis l'ouverture de la succession ; Sa Majesté par l'article 4, laissant au surplus aux Juges la liberté de proroger les délais en cas d'empêchement légitime, comme ils le jugeront à propos.

La même Ordonnance de 1667 ne donne après les trois mois accordés pour faire l'inventaire qu'un délai de quarante jours pour délibérer, & veut même que si l'inventaire a été fait avant les trois mois échus, le délai de quarante jours commence à courir du jour qu'il aura été achevé ; mais au surplus on juge que ces délais sont distincts, & qu'un héritier qui a laissé passer les trois mois sans faire inventaire, n'est plus reçu à le faire, & ne peut pas même y employer le délai de quarante jours qui n'est accordé que pour délibérer : *Boutaric, Instit. pag.* 313, en rapporte un Arrêt.

Par la même Loi *scimus*, §. 13 & 14, *cod. de jure deliberandi*, il étoit accordé une année entiere pour délibérer aux héritiers qui la demandoient, après lequel délai, soit qu'ils eussent fait inventaire, ou non, ils ne pouvoient accepter que purement & simplement, & après avoir accepté il ne leur étoit plus permis de répudier : au lieu que parmi nous le delai de quarante jours pour délibérer, après que l'inventaire a été fait, n'étant donné proprement que comme un délai de surséance aux poursuites qui peuvent être faites contre l'héritier bénéficiaire ; ce délai n'empêche pas qu'il ne puisse toujours se porter pour héritier sous bénéfice d'inventaire, qu'il ne puisse accepter en cette qualité, & qu'il ne puisse en tout tems répudier, à la charge néanmoins par lui de rendre compte des effets de l'hérédité contenus dans l'inventaire, & des jouissances qu'il a fait des biens en la maniere expliquée par *Le Brun, traité des succeff. liv.* 3, *chap.* 4, *n.* 85.

On ne suit pas en effet l'avis de *Bacquet, traité des droits de Justice*,

chap. 15, *n.* 34, ni de *Boniface*, *tom. dernier*, *pag.* 149, qui ont cru qu'un héritier qui a accepté sous bénéfice d'inventaire, ne peut plus répudier sous prétexte que, *qui semel est hæres*, *nunquam desinit esse hæres*, *Leg.* 88, *ff. de hæred. instituend.* ce n'est point là qu'on peut appliquer cette maxime, comme il paroît par la même Loi; & c'est au contraire le grand privilege d'héritier bénéficiaire de pouvoir être reçu à répudier en tout tems, pourvu qu'il ait fait un inventaire dans les formes, & valable.

Bien plus, on ne suit pas à la rigueur ce que dit *Le Brun*, *traité des succeſſ. liv.* 3, *chap.* 4, *n.* 23, que l'héritier sous bénéfice d'inventaire peut être poursuivi sur ses propres biens, au-delà des forces de la succession, lorsqu'il a répondu à quelqu'un des créanciers en qualité d'héritier, & lui a passé un titre nouveau; car au contraire il a été jugé en la premiere Chambre d'Enquêtes du Parlement de Toulouse, au rapport de M. Rey, par un Arrêt rendu le 23 mars 1717, en faveur du sieur Antoine Olivier de Castillan, contre Dame Marie Therese de Castillan, veuve du sieur de Gilbert, Baron de la Vergne, que l'héritier bénéficiaire en répudiant l'hérédité est libéré des obligations qu'il a lui-même passées avec les créanciers héréditaires, & est ainsi reçu, malgré son fait, à répudier.

On observe seulement que tandis que l'héritier bénéficiaire soutient & conserve la qualité d'héritier, & jusqu'à ce qu'il ait répudié, les créanciers héréditaires peuvent agir contre lui personnellement, saisir tant ses biens propres que ceux dépendans de l'hérédité, parce qu'il confond jusqu'au moment de sa répudiation.

L'héritier par bénéfice d'inventaire a aussi cet avantage, que quoiqu'il ait commencé par payer des créanciers héréditaires postérieurs, les créanciers antérieurs qui ne trouvent pas dans l'hérédité de quoi se payer, ne peuvent avoir aucun recours contre lui, parce qu'il n'est regardé que comme un dépositaire, non plus que contre ceux qui auroient acheté de cet héritier les biens héréditaires, dont le prix auroit été employé & distribué à des créanciers postérieurs ou à des légataires; mais seulement contre lesdits créanciers postérieurs ou légataires, pour les obliger à rapporter ce qu'ils auroient reçu, tout comme on en use en matiere de distribution des biens d'un débiteur, *Leg. scimus*, §. 4, 5, 6, *& suiv. cod. de jure deliberandi*; *Catellan*, *liv.* 6, *chap.* 11, & cette action des créanciers antérieurs contre les postérieurs ou contre les légataires qui ont reçu des sommes ou des fonds de l'hérédité, doit durer trente années, comme l'observe le Commentateur de *Catellan*, *ibid.* & *Duperier*, *liv.* 4. *quæst.* 24.

Tous héritiers ne jouissent pas indifféremment du bénéfice d'inventaire; car on en excepte les héritiers de ceux qui meurent après avoir manié ou administré les deniers ou affaires du Roi, c'est-à-dire, que les héritiers des comptables ne jouissent pas du bénéfice d'inventaire envers le Roi, suivant l'article 16, de l'Ordonnance de Roussillon de 1563, & que s'ils ne répudient

la ſucceſſion avant de s'immiſcer, ils ſont tenus comme héritiers purs & ſimples, quand même ils auroient fait inventaire.

Il y a au ſurplus certaines perſonnes qui ne confondent par leurs droits ſur l'hérédité, quoiqu'elles aient manqué de faire inventaire, & ſont reçues, malgré ce défaut, à répudier : telle eſt la femme qui, quoiqu'elle ſe ſoit réellement portée pour héritiere de ſon mari ſans avoir fait inventaire, peut néanmoins, ſuivant la Juriſprudence de cette Province de Languedoc, répéter ou retenir ſa dot, & ne la perd pas ; ce que l'on juge même avoir lieu non ſeulement contre les légataires ou les fidéicommiſſaires, mais même contre les créanciers du mari, parce que les femmes ſont relevées des obmiſſions qu'elles ont fait & de l'ignorance du Droit, lorſqu'il s'agit pour elles *de damno vitando*, quoique *Catellan*, *liv.* 4, *chap.* 67, veuille reſtraindre la choſe aux légataires ſeulement. *Vid. le Commentateur de Catellan*, *ibid. Maynard*, *liv.* 3, *chap.* 24, *& La Roche*, *liv.* 2, *verb. dot*, *art.* 21.

Le même *Maynard*, au lieu cité, ajoute que pluſieurs Docteurs donnent le même privilege au mari, pour retenir le gain de ſurvie, malgré le défaut d'inventaire ; mais il faut tenir le contraire, puiſque l'augment dotal ou gain de ſurvie accordé à la femme n'a pas même cet avantage contre les créanciers : & en effet, tant le mari que la femme, quant au gain de ſurvie, *certant de lucro captando*, au lieu que les créanciers *certant de damno vitando*, & méritent par conſéquent plus de faveur. *Vid. Vedel ſur Catellan*, *liv.* 4, *chap.* 67.

Le donataire entre-vifs d'une partie des biens, qui a été enſuite inſtitué héritier par le donateur, & chargé d'une ſubſtitution des biens de l'hérédité, ne confond pas non plus ſa donation, du moins par rapport au ſubſtitué, quoiqu'il ſe ſoit porté pour héritier ſans proteſtation & ſans avoir fait inventaire ; ce qui a été ainſi jugé par pluſieurs Arrêts du Parlement de Toulouſe, & notamment par un Arrêt du 26 Août 1697, en la cauſe du ſieur Marquis de Fontenilles & de la Dame de Millars, au rapport de M. de Burta, & par un autre Arrêt du 2 Juin 1723, rendu au procès de la demoiſelle de Gratuſieres & du ſieur Sales de Roqueſerviere, Rapporteur M. de Comere.

Le fils ne confond pas non plus ſa légitime à l'égard du ſubſtitué, légataire, & autres ſucceſſeurs à titre gratuit, par le défaut d'avoir fait inventaire. *Maynard*, *liv.* 6, *chap.* 8 ; *Le Brun*, *des ſucceſſ. liv.* 3, *chap.* 4, *n.* 75.

On juge même que le défaut d'inventaire ne fait pas perdre à l'héritier grévé, ſoit qu'il ſoit enfant du teſtateur, ou qu'il ſoit un étranger, ſa quarte trébellianique vis-à-vis du ſubſtitué, quoiqu'il en ſoit autrement de la falcidie vis-à-vis des légataires, comme nous le dirons ci-après. *Vid. Dolive*, *liv.* 5, *chap.* 26, & je ne ſais ſi l'article 42 du titre 2 de l'Ordonnance des Subſtitutions de 1747, qui prononce la perte des fruits contre le grévé qui a manqué

manqué de faire inventaire, ne pourroit pas faire changer la Juriſprudence qui a eu lieu juſqu'ici, à ſon égard, quant à la trébellianique.

L'inventaire doit être fait en bonne & due forme, autrement il ne ſert de rien, & c'eſt comme ſi l'on n'en avoit point fait ; & pour faire un inventaire valable, il faut, ſuivant la Novelle 2, *cap.* 2, y appeller toutes les Parties qui peuvent y avoir intérêt ; ainſi on doit appeller les légataires, les légitimaires & les fidéicommiſſaires, en les aſſignant à leur domicile pour venir y être préſens ; de même il faut y appeller les créanciers qui ſont connus & certains, lorſqu'on veut faire l'inventaire, autrement il eſt nul à leur égard ; quelquefois même on a la précaution ſur abondamment d'y appeller les créanciers qui pourroient être inconnus, au moyen des affiches publiques par leſquelles on déclare le jour, le lieu & l'heure qu'on procédera à l'inventaire.

L'inventaire doit contenir une deſcription ou état fidelle de tous les meubles & effets mobiliers de l'hérédité en détail, leur quantité, ſuivant la Loi *ſcimus*, §. 2, *cod. de jure deliberandi* ; les créanciers & autres parties intéreſſées ſont même reçus, lorſqu'ils le demandent, à prouver les latitations & une plus grande quantité d'effets que celle contenue en l'inventaire, ſuivant le §. 10, de la même Loi, & quoique ce §. ne puniſſe que de la peine du double l'héritier qui a recélé ou diverti quelques effets de la ſucceſſion, néanmoins pluſieurs Auteurs ſuivis par *Boutaric*, *Inſtit. pag.* 317, tiennent que l'héritier bénéficiaire qui a fait un inventaire infidele, & qui en eſt convaincu, doit être réputé & déclaré héritier pur & ſimple, & comme tel tenu indéfiniment au payement des créanciers en ſon propre. *Vid. Le Brun*, *des ſucceſſ. liv.* 3, *chap.* 4, *n.* 15 ; *Brodeau ſur Louet*, *lettre H. chap.* 24. Cela n'eſt pas néanmoins obſervé à la rigueur, comme on peut le voir dans le Commentateur de *Catellan*, *liv.* 4, *chap.* 67, *in fine.*

Au ſurplus, l'inventaire doit être fait pardevant une perſonne publique, ſoit le Juge des lieux, ou un Notaire, & l'on a même le choix d'y faire procéder par un Notaire royal, à l'excluſion des Commiſſaires créés pour la confection des inventaires, ou des Juges royaux des lieux, qui ont acquis ou réunis ces offices ; car les Juges ne peuvent en bonnes regles y procéder, que lorſqu'ils en ſont requis par les Parties : ou bien par les Procureurs du Roi pour l'intérêt de Sa Majeſté, du public, des pupilles ou mineurs, & des abſens. Il faut même, pour qu'ils puiſſent dans ces deux derniers cas y procéder à l'excluſion des Notaires & contre le gré des Parties, que les pupilles ou mineurs n'aient ni tuteur ni autre adminiſtrateur, & que l'abſent n'ait perſonne ſur les lieux qui agiſſe pour lui : tout cela eſt aſſez conforme à l'Ordonnance de Blois, art. 164, & à l'Ordonnance de 1747 concernant les Subſtitutions, titr. 2, art. 4 & 6. *Vid. Graverolſur La Roche*, *liv.* 6, *titr.* 55, *art.* 1 ; *Theveneau*, *pag.* 320 & 321.

Sur quoi il faut obſerver que dans ce cas la mere étant légitime admi-

niſtratrice de droit de ſes enfans pupilles, peut, tout comme le tuteur, s'oppoſer à l'inventaire que le Juge des lieux voudroit faire, à l'excluſion d'un Notaire.

Il y a auſſi un Arrêt du Parlement de Toulouſe du 14 juillet 1714, rendu au rapport de M. de Coſta, au profit du ſieur Antoine de Rivis, Bourgeois de Paris, qui caſſa avec dépens le ſcellé & inventaire fait par Me. Villeroſe, Commiſſaire aux inventaires, & Lieutenant principal au Sénéchal de Beziers, des effets de Me. de Rivis, Curé, qui avoit inſtitué ledit Antoine de Rivis ſon frere, à la requête de Me. Tinardy, Procureur du Roi; caſſa pareillement l'exécutoire décerné pour les frais de cet inventaire, & les ſaiſies faites en conſéquence; le tout, ſur ce qu'il n'y avoit pas eu de requiſition d'aucune Partie, tandis qu'au contraire ledit Antoine de Rivis avoit un frere & une ſœur ſur les lieux & dans la maiſon du défunt, qui étoient en état de veiller à la conſervation des effets; le frere avoit ſeulement déclaré qu'il n'entendoit pas empêcher l'inventaire, & l'avoit ſigné, mais cela n'empêcha pas la caſſation.

§. 7. *Pro hærede gerere quis videtur, ſi rebus hæreditariis tanquam hæres utatur, vel vendendo, vel colendo, &c.*

Comme nonobſtant la regle, *le mort ſaiſit le vif*, c'eſt encore une autre maxime, que *nul n'eſt héritier, s'il ne veut*, ainſi que nous l'avons dit ailleurs; qu'il falloit même, ſuivant le Droit Romain, une acceptation formelle de la part des héritiers étrangers, ou une immixtion de la part des enfans, pour lier les uns & les autres, & les obliger à toutes les charges héréditaires; ou pour les priver de pouvoir répudier, ou de s'abſtenir: il faut même, par le Droit François, une acceptation, une appréhenſion ou immixtion, pour opérer cet effet; & c'eſt ce qu'on appelle, faire acte d'héritier.

Cette acceptation ſe fait, ou expreſſément, ou tacitement; elle ſe fait expreſſément, lorſque celui qui eſt habile à ſe porter pour héritier, déclare vouloir être héritier, ou prend la qualité d'héritier dans quelque acte judiciaire ou public & authentique, *Leg.* 12, *ff. de interrogat. in jure fac.* c'eſt pourquoi il eſt dit dans la Loi 20, *in princip. ff. de acquir. vel amitt. hæred.* que *pro hærede gerere non tam facti, quàm animi eſt*, & dans la Loi 88, *ff. eodem*, que, *gerit pro hærede, qui animo agnoſcit ſucceſſionem, licèt nihil attingat hæreditarium*; mais je ne crois pas au ſurplus qu'une ſimple déclaration verbale ou une ſimple proteſtation fût regardée comme une acceptation ſuffiſante.

On fait encore acte d'héritier expreſſément par le ſeul fait, lorſque l'héritier légitime ou inſtitué fait quelque acte qu'il ne pourroit faire qu'en qualité d'héritier, comme s'il diſpoſe des biens héréditaires en maître, ſoit par vente ou tranſaction, ou qu'il le baille à loyer, &c. & en un mot

pro hærede gerit, qui aliquid gerit tanquam hæres, Leg. 20, *ff. eodem* : à quoi eſt auſſi conforme l'article 317 de la Coutume de Paris, qui porte, que ſi quelqu'un prend ou appréhende les biens d'un défunt, ou partie d'iceux, ſans avoir autre qualité ou droit de prendre leſdits biens, il fait acte d'héritier, & s'oblige en ce faiſant à payer les dettes du defunt. *Vid. Loyſeau, du déguerpiſſement, liv.* 4, *chap.* 1, *n.* 8; *Le Brun liv.* 3, *chapitre* 8, *ſection* 2, *& l'article* 36 *du titre* 1, *de l'Ordonnance des Subſtitutions de* 1747.

L'acceptation tacite, qu'on appelle proprement immixtion, ſe fait, lorſqu'on prend la poſſeſſion, ou qu'on s'ingere ſans autre titre que celui d'héritier dans la jouiſſance des biens de l'hérédité, *Leg.* 12, *ff. de acquir. vel amitt. hæred.* ou qu'on en perçoit les fruits, *quoties quis accipit quod citrà nomen & jus hæredis accipere non poterat., Leg.* 20, §. *itaquè, ff. eodem.*

Ainſi par un Arrêt du Parlement de Toulouſe du 31 août 1722 il fut jugé que deux filles avoient fait acte d'héritier de leur pere, en vendant quelques effets de ſa ſucceſſion, quoiqu'elles n'euſſent pris aucune qualité dans le contrat de vente, & qu'elles fuſſent créancieres de leur pere, vû ſur-tout que la ſeule qualité de créancier ne donne pas le droit d'aliéner, & quelles s'étoient même obligées à la garantie envers l'acheteur; cet Arrêt qui eſt cité par *Boutaric, Inſtit. pag.* 318, paroît néanmoins un peu rigide.

Par un autre Arrêt du 5 juillet 1725 rendu au rapport de M. de Saint-Felix, il fut jugé pour Marcel Salager contre la Dame de Ranchin, que ledit Marcel Salager en jouiſſant des biens de ſon pere, dont il ſe trouvoit créancier pour la ſomme de 1800 liv. de la dot de ſa mere, & bien que ſans avoir fait aucun inventaire, n'avoit pas fait acte d'héritier, attendu que les enfans jouiſſent du droit d'inſiſtance, ainſi que leur mere, comme l'obſerve *Vedel ſur Catellan, liv.* 4, *chap.* 76; qu'ainſi on ne pouvoit pas dire qu'il fût immiſcé, quoiqu'il eût poſſédé l'eſdits biens depuis l'année 1718, en laquelle ſon pere étoit mort, & qu'en conſéquence il avoit pu répudier l'hérédité de ſon pere, & faire ſaiſir pour ſa créance une maiſon que ſon pere avoit vendu en 1704 à ladite Dame de Ranchin.

Du reſte, on n'eſt pas cenſé faire acte d'héritier par des actes qui ſe font *pietatis vel cuſtodiæ cauſâ*, comme en ramaſſant ſimplement les effets de la ſucceſſion qui ſont épars & diſperſés, en payant les frais funebres, en pourſuivant la vengeance de la mort du défunt, &c. *Leg.* 20, §. 1, *ff. de acquir. vel amitt. hæred.*

TITRE XX.

De Legatis.

Legatum eſt donatio quædam à defuncto relicta, ab hærede præſtanda.

LA regle, *le mort ſaiſit le vif*, n'ayant lieu par le Droit François qu'à l'égard de l'héritier, lequel eſt ſaiſi de plein droit, dès le moment du decès, de tous les biens & effets de l'hérédité, tout comme il l'étoit dans le Droit Romain au moyen de l'adition, il s'enſuit que les légataires ſont obligés de demander la délivrance de leurs legs à l'héritier : car du reſte, quoiqu'il ſoit vrai que la propriété des choſes léguées paſſe au légataire en vertu du teſtament, & ſans l'entremiſe ou le fait de l'héritier, cela ne produit d'autre effet que de tranſmettre le legs aux héritiers du légataire, lorſqu'il vient à mourir avant la demande ou la délivrance du légat; ce qui n'empêche pas que le légat ne doive être toujours demandé à l'héritier, & par lui délivré, enſorte que réguliérement le légataire ne peut pas s'en emparer de ſa propre autorité. *Vid. Guypape & Ferrieres, queſt.* 609.

De-là vient ſans doute que juſqu'au tems de la demande faite en Juſtice par le légataire, ou par ſes héritiers, l'héritier du défunt n'étant pas cenſé être en demeure, on ne leur adjuge les intérêts de la ſomme léguée, ou les fruits du fonds légué, que du jour de ladite demande & interpellation judiciaire.

Il en eſt de même du fidéicommiſſaire ou ſubſtitué même univerſel, car il n'eſt pas ſaiſi de plein droit, encore que la ſubſtitution eût été faite en ligne directe, & il eſt reçu à demander la délivrance du fidéicommis, lorſque l'échéance en arrive, enſorte que les fruits ne lui en ſont dûs que depuis la demande qu'il en a formée, *Leg.* 22, *ff. ad Trebellianum*; ce qui eſt conforme à l'article 40, de l'Ordonnance de 1747, concernant les Subſtitutions. *Vid. Ricard, des ſubſtit. part.* 1, *chap.* 9, *ſect.* 6, *& part.* 2, *chap.* 16; *Vedel ſur Catellan, liv.* 2, *chap.* 63.

On excepte de la regle qui n'accorde les intérêts ou fruits des légats que depuis la demande en Juſtice, les légats qui ſont faits pour tenir lieu de légitime, dont les intérêts ſont toujours dûs & adjugés depuis le décès du parent qui devoit la légitime, quoique ſans interpellation; & cela a lieu, 1°. quand même le payement de la légitime auroit été différé par le teſtateur juſqu'à un certain terme ou âge du légitimaire, 2°. quand même le légat fait par les pere ou mere excéderoit la légitime, 3°. quand même la légitime auroit paſſé en ligne collatérale, ou auroit été cédée à un collatéral, ou même à un étranger, parce que la légitime eſt *portio hæreditatis vel patrimonii*, & que toute hérédité doit produire néceſſairement des fruits

fruits, quoi qu'en dise *Vedel sur Catellan*, *liv.* 2, *chap.* 33. Cela a été ainsi jugé en la Grand-Chambre du Parlement de Toulouse, au rapport de M. de Comere, par un Arrêt du 7 septembre 1735, lors duquel j'avois instruit dans la distribution des biens du sieur de Cominian, Seigneur de Blomac, en faveur du sieur Benezet, poursuivant criées, & cessionnaire des droits légitimaires des freres dudit Sr. de Blomac, lequel fut alloué sur la vente séparée des biens du pere dudit Sr. de Blomac, tant pour le capital à lui dû en ladite qualité, que pour les intérêts au même rang depuis la cession, quoique sans interpellation, & avant la dot de la Dame Dandereau, épouse dudit Sr. de Blomac. Il y en a un autre Arrêt semblable du 10 septembre 1743, rendu au rapport de M. de Lacarry dans la distribution des biens du nommé Armande : ensorte que c'est aujourd'hui une Jurisprudence certaine.

Mais hors de-là les légats faits même à des mineurs, s'ils ne sont faits pour tenir lieu de légitime, n'ont à cet égard aucun privilege, & les intérêts n'en sont dûs que depuis la demande judiciaire, quoi qu'en ait pensé *Graverol sur La Roche*, *liv.* 6, *titr.* 61, *art.* 14.

Il en est de même des légats faits à la cause pie, dont les intérêts ne sont également adjugés que depuis la demande faite en Justice, à moins qu'il y eût un service attaché au legs, & que ce service eût été fait. *Catellan*, *liv.* 1, *chap.* 8.

Cependant lorsqu'il est question du légat d'une rente en argent ou en grains, le légataire est fondé à s'en faire adjuger même les arrérages qui en ont couru avant sa demande ; parce que ces arrérages ne sont pas regardés comme les intérêts, mais sont censés au contraire faire partie de ce légat. *Graverol sur La Roche*, *liv.* 6, *titr.* 61, *art.* 14.

Il résulte de ce que dessus, que les fruits d'une même année ne se partagent jamais entre l'héritier & le légataire, lorsqu'il s'agit des fruits d'un fonds légué : ensorte que si au tems de la demande du légataire les fruits sont encore pendans par les racines, ils doivent lui appartenir pour le tout, *deductis expensis quas hæres facere potuit* ; & qu'au contraire l'héritier profite seul des fruits de l'année, si le légataire n'intente sa demande qu'après les récoltes.

Comme la chose léguée doit être délivrée par l'héritier, de-là vient aussi qu'on l'oblige à fournir au légataire tout ce qui est nécessaire pour parvenir à la possession & jouissance de la chose léguée : ainsi l'héritier est obligé de supporter & de payer les frais que le légataire d'un office est tenu de faire pour ses provisions & réception audit office. *Arg. Leg.* 102, §. *ult. ff. de legat.* 3°.

Ainsi lorsqu'il s'agit d'un fonds légué à des gens de Main-morte, l'héritier est obligé de payer l'indemnité due au Seigneur par la Main-morte, & les frais de l'amortissement, si le contraire n'est porté par le testament : il

en eſt autrement, quand il s'agit d'une donation entre-vifs faite à la Main-morte, car c'eſt à elle alors d'en appuyer l'amortiſſement, ſans que le donateur ou ſon héritier puiſſent y être ſujets ; parce que les contrats ſont *ſtrictis juris*, qu'on n'y ſupplée rien, & que les gens de Main-morte en acceptant la donation doivent s'imputer de n'avoir pas ſtipulé que le donateur payeroit l'amortiſſement : au lieu que les teſtamens ſont ſuſceptibles d'une interprétation favorable, & qu'on préſume que le teſtateur a voulu charger ſon héritier de payer tout ce qui eſt néceſſaire au légataire pour parvenir à la poſſeſſion de la choſe léguée. *Vid. Ricard, tom.* 1, *part* 2, *chapitre* 1, *ſection* 6 ; *Louet & Brodeau, lettre A. chapitre* 12 ; *Catellan, liv.* 2, *chapitre* 85.

§. 2. *Liceat legatariis id perſequi, non ſolùm per actiones perſonales, ſed etiam per in rem & per hypothecariam.*

La Loi premiere, *cod. commun. de legatis*, dont l'Empereur parle en cet endroit, donne une hypotheque tacite ou légale aux légataires & fidéicommiſſaires ſur les biens du teſtateur pour le payement des legs ou fidéicommis, à compter du jour de ſon décès ; & la Juriſprudence des derniers Arrêts, nonobſtant les différentes opinions des Auteurs, paroît enfin fixée à ce point, que cette hypotheque leur eſt même accordée ſolidairement contre chacun des cohéritiers : enſorte que quoique chacun des héritiers ne ſoit tenu perſonellement des légats que pour ſa part ou portion de l'hérédité, il peut néanmoins être convenu ou actionné hypothécairement ſur ce qu'il poſſede pour l'entier légat, *& in totum*, ſauf ſon recours contre ſes cohéritiers ; par où l'on juge que l'hypotheque des légataires eſt ſolidaire & indiviſible, auſſi bien que l'eſt celle des créanciers, quoique cela ſemble un peu contraire à la Loi qui a accordé cette hypotheque aux légataires. *Vid. Bacquet & Ferrieres, des droits de Juſtice, chap.* 8, *n.* 26 ; *Ricard, tom.* 1, *part.* 2, *chap.* 1, *ſect.* 4 ; *Augeard, tom.* 2, *pag.* 507, *& tom.* 3, *pag.* 492.

§. 4. *Verius eſt legatarium probare oportere ſciviſſe alienam rem legare defunctum.*

On peut léguer une choſe qui appartient à ſon héritier, & on peut léguer la choſe qui appartient à un tiers, auquel cas l'héritier eſt obligé de délivrer la choſe, ou d'en bailler le prix & l'eſtimation, s'il ne lui eſt pas poſſible de l'acheter, ainſi qu'il eſt dit dans ce paragraphe.

On ſe conforme auſſi dans l'uſage à la déciſion de ce texte, en ce qu'il veut, pour que le legs de la choſe appartenant à un tiers ſoit valable, que le teſtateur ait ſu que la choſe léguée appartenoit à autrui, & que c'eſt même au légataire à prouver ce fait, & non à l'héritier, ſans quoi le

légat de la chose d'autrui est nul, & l'héritier en est déchargé : cependant cette distinction que l'on fait, si le testateur a su ou ignoré que la chose léguée appartînt à un autre, souffre une exception, & n'a pas lieu à l'égard des personnes liées par le sang ou par l'amitié avec le testateur, toutes les fois qu'on peut raisonnablement penser que le testateur n'auroit pas laissé de leur léguer, quand même il auroit su que la chose qu'il léguoit, ne lui appartenoit pas, comme il est dit dans la Loi *ancillam*, *cod. de legatis. Vid. Vinnius*, *hîc*; *Henrys & Bretonnier*, *tom.* 1, *liv.* 5, *quest.* 43, *de l'édition de* 1708; *Ricard*, *tom.* 1, *part.* 3, *sect* 3, *distinct.* 3.

Il y a même un Arrêt du Parlement de Toulouse du 20 mai 1697, rendu au rapport de M. de Polastre, qui a jugé que le legs de la chose d'autrui fait par le testateur à un sien parent étoit bon par la présomption résultant de la parenté, quoique le légataire fût dans un dégré plus éloigné du testateur que l'héritier, contre l'exception remarquée par *Henrys*, *dicto loco.*

Pour ce qui est du legs ou fidéicommis de la chose appartenant à l'héritier, la distinction dont nous avons parlé de la connoissance ou ignorance du testateur, est inutile, suivant *Ricard*, *dict. loc. n.* 292; de sorte que, quand même il paroîtroit que le testateur croyoit disposer d'une chose sienne, le legs n'en doit pas moins avoir son effet, que s'il avoit su qu'elle appartenoit à son héritier. *Vid. Leg.* 67, §. *si rem tuam*, *ff. de legat.* 2°. *Leg.* 25, *cod. de fideicommiss.* on peut voir encore le §. 1, *infrà*, *de singulis rebus per fideicommissum relictis.*

§. 5. *Sed etsi creditori obligatam aliquis legaverit, &c. idem placet quod in re alienâ.*

Cette décision n'est pas observée dans ce Royaume; car l'héritier est toujours tenu de décharger le fonds légué des hypotheques des créanciers, ausquelles le testateur ou ses auteurs l'avoient assujetti, sans distinguer si ces hypotheques étoient connues du testateur, ou lui étoient inconnues; la raison en est, que cette distinction n'avoit lieu qu'à l'égard des choses spécialement hypothéquées: au lieu qu'en France l'hypotheque spéciale ne va jamais sans la générale, tellement que l'hypotheque spéciale que les créanciers peuvent stipuler quelquefois sur certains fonds, ne déroge jamais à leur hypotheque générale sur tous les biens du débiteur; de sorte que si l'on usoit de la distinction faite dans ce paragraphe, il arriveroit que contre les regles les légataires pourroient se trouver assujettis à payer une partie des dettes du testateur, au lieu que le payement des dettes passives de l'hérédité *est onus hæredis. Vid. Duperier*, *liv.* 2, *chap.* 9; *& Ricard*, *tom.* 1, *part.* 3, *chap.* 3, *sect.* 3, *distinct.* 3, *n.* 289 *&* 290.

Il en doit être de même, suivant le raisonnement que fait *Duperier*, *ibid.* du légat d'un effet mobilier qui auroit été baillé en gage pour quel-

que somme par le testateur ou par ses auteurs, & pour laquelle les autres biens du testateur ne seroient pas même affectés; parce qu'il ne peut pas moralement arriver que le testateur n'ait eu connoissance du bail de ce gage, auquel cas l'héritier doit sans difficulté payer le prix de l'engagement.

Ce que nous venons de dire s'applique également à un donataire, soit entre-vifs, ou à cause de mort, d'un fonds, d'un domaine, ou autre effet particulier; car le donateur ou son héritier sont également tenus de décharger le fonds donné des dettes & hypotheques auxquelles il étoit sujet, si le contraire n'a été stipulé, *Leg.* 15, *cod. de donationib.* mais cela ne s'applique pas à un donataire d'une quotité ou portion des biens, parce qu'il est *loco hæredis*, obligé par conséquent à concurrence de sa part, au payement des dettes; & cela ne s'applique pas non plus aux censives, charges réelles, ou servitudes, dont un fonds légué peut être chargé; car le fonds ne doit être baillé au légataire par l'héritier que tel qu'il est & avec les charges qui y sont inhérentes, de sorte que le légataire est tenu de les payer ou de les supporter pour l'avenir, *Vinnius sur ce §. Duperier & Ricard, dict. loc.* mais quant aux arrérages des charges ou droits qui ont couru jusqu'au décès du testateur, c'est à l'héritier de les payer, parce que c'est une dette personnelle au testateur que l'héritier représente, & il doit en décharger le fonds légué, à moins que le légat ne fût d'une quote des biens du testateur, parce qu'alors le légataire étant censé cohéritier, il seroit tenu lui-même au payement de ces arrérages à proportion de ladite quote.

Il y a dispute, quant à l'usufruit, qui est une espece de servitude, lorsque le testateur légue un fonds dont il n'avoit que la propriété, dont l'usufruit appartient à un autre, pour savoir s'il n'a entendu léguer que le droit qu'il y avoit, ou si l'héritier doit encore faire raison de l'usufruit au legataire; & nonobstant la Loi 66, §. 6, *ff. de legat.* 2°. on doit dire avec *Ricard, dict. loc. n.* 285, que le testateur ne peut être présumé avoir légué que la propriété qu'il avoit de ce fonds.

Lorsque le testateur légue un fonds dont il n'avoit la propriété qu'en partie, on présume également qu'il n'a entendu léguer que la portion qu'il y avoit, quand même lors du testament il auroit possédé toute la chose, s'il savoit d'être obligé d'en bailler une portion; comme aussi, le testateur n'avoit que quelque droit en la chose léguée, il est censé n'avoir légué que le droit qu'il y avoit, *Ricard, ibid.* & de même le testateur qui légue une chose qu'il a vendue à faculté de rachat, ne légue que le droit qu'il a de la racheter.

Si au contraire le testateur légue un domaine qu'il n'avoit acquis en tout ou en partie que sous la faculté de rachat, il n'est censé le léguer que tel qu'il lui appartient, & l'héritier ne sera pas obligé d'éteindre ce rachat, ni d'en garantir le légataire, à moins qu'il ne fût question d'un legs fait à

un

un fils ou à un autre proche parent. *Maynard, livre 7, chapitre 14 & 15. Ricard, loc. cit. n. 292*, passe encore plus avant, & décide que quand même il ne seroit pas question d'un legs fait à un proche parent, si le legs est d'une chose qui appartienne en partie à l'héritier, ou dont l'héritier ait l'usufruit, il ne peut pas s'empêcher de faire la délivrance du legs en entier au légataire, sans aucune retention des droits ou de l'usufruit qu'il y avoit.

§. 6. *Si res aliena legata fuerit, & ejus rei, vivo testatore, legatarius dominus factus fuerit.*

Il est ici parlé du legs de la chose dont le légataire se trouve lui-même le propriétaire : sur quoi on peut remarquer que si au tems que le testament a été fait, la chose appartenoit au légataire, le legs demeure nul & inutile, encore qu'au tems de la mort du testateur & de l'échéance du legs le légataire n'en fût plus le propriétaire, §. 10 & 11, *hoc titulo*; si au contraire la chose n'appartenoit pas lors du testament au légataire, mais qu'il l'ait acquise depuis, on distingue, si c'est à titre gratuit, comme de donation, ou autre semblable, en ce cas le legs est également nul ; mais si c'est à titre d'achat, le legs n'en a pas moins son effet, ensorte que le légataire est en droit d'en demander la valeur en vertu du testament.

§. 8. *Si eadem res duobus legata sit, sive conjunctim, sive disjunctim, & ambo perveniant ad legatum, scinditur inter eos ; si verò alter deficiat, &c.*

On observe par-tout la disposition de ce texte touchant le droit d'accroissement, que l'on juge avoir lieu entre deux ou plusieurs légataires qui se trouvent joints ensemble par la chose & par les paroles, ou même par la chose seulement ; comme quand une maison a été léguée à Pierre & à Jean, ou quand le testateur, après avoir légué une maison à Pierre, légue ensuite la maison à Jean.

Mais la difficulté est, quand les légataires ou fidéicommissaires ne sont joints entr'eux que par les paroles, de savoir si le droit d'accroissement doit avoir lieu alors entr'eux, quand l'un vient à défaillir, soit qu'il n'ait pu ou n'ait voulu recueillir, & qu'il soit mort avant le testateur, ou qu'il ait répudié ; c'est-à-dire, s'il faut adjuger la portion de ce défaillant à l'autre légataire, ou bien si elle demeure acquise à l'héritier ; comme, par exemple, quand le testateur a légué un domaine à Pierre & à Jean par portions qu'il leur a assignées, soit égales, ou inégales ; car dans ce cas les portions d'un chacun étant distinctes, il sont disjoints par la chose, & ne sont conjoints que par les paroles & par l'unité du discours : *Henrys, tom. 1, liv. 5, quest. 58, de l'édition de 1708*, décide que le droit d'accroissement ne doit pas alors avoir lieu entre les légataires : *Vinnius* sur

ce paragraphe, & *Ferrieres in quæſt.* 335 *de Guypap.* tiennent au contraire que le droit d'accroiſſement doit avoir lieu, & cet avis paroît le meilleur; on peut voir encore *Maynard*, *liv.* 5, *chap.* 10; *Catellan & ſon Commentateur*, *liv.* 2, *chap.* 93.

§. 12. *Si rem ſuam legaverit teſtator, poſteaquè eam alienaverit, &c.*

La difficulté ſur ce texte ſe réduit à connoître, quand eſt-ce que l'aliénation de la choſe léguée, faite par le teſtateur depuis ſon teſtament, peut être regardée comme une révocation tacite du légat; & l'on juge que le teſtateur a eu intention de le révoquer, lorſqu'il a aliéné & vendu volontiers la choſe léguée; mais cette préſomption ceſſe, lorſque l'aliénation a été faite par le teſtateur dans la néceſſité de ſes affaires ou dans quelque beſoin preſſant: de-là vient auſſi que par la donation faite à un autre de la choſe léguée, le légat eſt pareillement cenſé révoqué, *Leg.* 18, *ff. de adimend. legat. cùm nemo in neceſſitatibus liberalis exiſtat*, & ce que nous venons de dire de l'aliénation volontaire de la choſe léguée, a lieu, quand même le teſtateur viendroit enſuite à la racheter; car le legs demeure toujours nul, aux termes du moins de la Loi 15, *ff. de adimend. legat.* ou quand même il employeroit le prix provenant de cette vente à l'achat d'un autre fonds, *Leg.* 25, *ff. eodem.*

Il n'en eſt pas de même de l'échange de la choſe léguée fait par le teſtateur; car quoique l'échange ſoit une eſpece d'aliénation volontaire, néanmoins parce que ce qui a été pris en échange, repréſente la choſe échangée ou permutée, les Arrêts rapportés par *Ricard*, *tom.* 1, *part.* 3, *chap.* 3, *ſect.* 3, *diſtinct.* 1, *n.* 268, & dans *le Journal des Audiences*, *tom.* 1, *liv.* 1, *chap.* 17, ont jugé que le légat n'eſt pas cenſé révoqué, & que l'héritier eſt tenu de bailler au légataire la choſe que le teſtateur avoit reçu en contr'échange.

Qui poſt teſtamentum factum prædia quæ legata erant, pignori dedit, ademiſſe legatum non videri, &c.

Par l'engagement du fonds légué fait par le teſtateur, non plus que par l'hypotheque de ce fonds, le legs n'eſt pas cenſé révoqué, puiſqu'au contraire, comme nous l'avons déja dit, l'héritier eſt tenu de dégager ledit fonds légué, & d'en faire jouir le légataire; & il en eſt de même d'un fonds légué, que le teſtateur auroit enſuite vendu à pacte de rachat, ou qu'il auroit laiſſé décréter, ou dont il auroit cédé & abandonné la jouiſſance à ſes créanciers, y étant contraint par la néceſſité de ſes affaires: car dans tous ces cas le legs n'eſt pas cenſé révoqué. *Vid. Maynard*, *livre* 7, *chapitre* 14.

§. 13. *Si quis debitori suo liberationem legaverit, legatum utile est.*

Il est hors de doute qu'un testateur peut léguer à son débiteur ce qu'il lui doit, & le décharger ainsi de la dette, mais ce legs de la libération ne comprend & ne renferme pas les dettes contractées depuis le testament; de sorte que si un testateur a légué à Jean ce qu'il lui devoit, & qu'alors il ne fût dû qu'une partie de ce que Jean lui a dû dans la suite, la libération ne s'applique qu'à la dette existante lors du testament, à moins qu'il ne fût question des intérêts de la même dette, qui eussent couru depuis le testament, & l'eussent grossie; parce que ces intérêts n'étant qu'un accessoire du capital, ils suivroient le même sort, *Leg.* 28. §. 1 & 6, *ff. de liber. legat.* & c'est sur les mêmes principes qu'on décide que le legs des terres ou des fonds que le testateur a dans un certain lieu, ne s'étend pas aux acquisitions que le testateur y a fait depuis, à moins qu'il ne s'agît du legs du domaine, ou d'une métairie, qui comprendroit sans difficulté par voie d'accessoire ce que le testateur y auroit ajouté depuis son testament. *Vid. Maynard, liv.* 8, *chap.* 77; *La Roche & Graveral, liv.* 6, *titr.* 61, *art.* 3; *Catellan, liv.* 2, *chap.* 79.

§. 14. *Ex contrario, si debitor creditori suo quod debet, legaverit, inutile est legatum, si nihil plus est in legato quàm in debito.*

Il est aisé de comprendre que le legs de la dette qu'un débiteur fait à son créancier, est inutile & dérisoire, si le legs ne se trouve pas plus avantageux pour le créancier que sa créance; mais il y a une question qui consiste à savoir, si le débiteur faisant un legs à son créancier sans faire aucune mention de la dette, cette dette s'éteint & se compense avec le légat, ou bien si le créancier est en droit d'exiger tout à la fois la dette & la somme à lui léguée.

Sur cela on distingue ordinairement; car si la dette provient d'une obligation volontaire descendant *ex contractu vel ex dispositione hominis*, on ne présume pas que le testateur ait voulu compenser ce qu'il devoit avec ce qu'il a légué, s'il ne l'a déclaré expressément; & de-là vient aussi que la femme légataire de son mari, soit d'une pension, ou autre chose, peut demander, outre sa dot & son augment stipulé dans son contrat de mariage, le légat qui lui a été fait, suivant la Loi unique, §. 3, *cod. de rei uxor. action. Catellan, liv.* 4, *chap.* 18; que si au contraire la dette provient de la Loi ou de la Coutume seulement, ce qu'on appelle dette nécessaire, comme, par exemple, l'augment légal ou coutumier non stipulé dans le contrat de mariage, la quarte trébellianique, &c. les Auteurs disent que la compensation s'en fait de plein droit avec le légat, s'il n'apparoît pas d'une intention contraire du testateur. *Vid. Expilly, Plaid.* 23; *Faber, cod. lib.* 6, *tit.* 18, *def.* 19; *La Peyrere, lettre L. n.* 2.

Lorsque le testateur a fait le legs, en prohibant au légataire, ou à la

charge par le légataire de ne plus rien demander sur ses biens ou sur son hérédité, on ne doute gueres qu'il ne puisse néanmoins demander, & sur-tout si c'est un enfant légataire, les droits maternels, ou les autres droits ou hypotheques qu'il a sur les biens du testateur ; parce qu'il n'y a qu'une simple présomption de l'intention de compenser, qu'il faut que le testateur s'en fût expliqué expressément, & que le légataire, en demandant ses autres droits ou hypotheques, ne demande même rien sur les biens du testateur, parce qu'il n'y a ni biens ni hérédité qu'après les charges payées. *Vid. Maynard, liv. 7, chap. 11 ; Ferrieres, in quæst. 93 de Guypap.* mais ce que *Ferrieres* semble ajouter en cet endroit, savoir, que la compensation doit avoir lieu, & que l'intention de compenser est suffisamment marquée, quand le testateur s'est borné à défendre au légataire de ne plus rien demander, sans ajouter, *sur ses biens*, ne paroît être qu'une pure subtilité à laquelle on ne sauroit s'arrêter, & que cet Auteur condamne lui-même à la fin de sa note.

Au surplus, *Ricard, tom. 1, part. 2, chap. 4, n. 168*, enseigne qu'il n'y a point à distinguer, si le légataire est créancier du testateur à titre onéreux, ou s'il ne l'est qu'à titre lucratif, quoi qu'en aient pensé quelques Auteurs ; & il établit qu'encore que le légataire ne se trouve créancier que par acte, à titre purement lucratif, comme de donation, &c. la compensation ne doit pas avoir lieu, si l'héritier ne montre que le dessein du testateur a été de compenser l'un par l'autre.

Le même Auteur, *ibid. n. 163, & suiv.* enseigne que le légat d'une même chose ou d'une même somme étant répété une seconde fois en faveur du même légataire dans un même acte, il ne peut régulierement être demandé qu'une seule fois, & que néanmoins on décide quelquefois le contraire, si ce sont deux légats faits dans des actes séparés.

Il y apporte néanmoins une exception, savoir, lorsque les deux libéralités ont été faites non seulement par des actes séparés, mais encore d'une qualité différente, comme, par exemple, par un testament & par une donation entre-vifs ; car alors l'une des libéralités se compense le plus souvent avec l'autre, s'il ne paroît d'une intention contraire de celui qui les a faites : ainsi un pere ayant légué une somme à sa fille par son testament, & ensuite en la mariant lui ayant constitué la même somme, ou une plus grande, ou une moindre, cette somme se compense à concurrence avec le légat, quoique le pere soit mort sans avoir rien change à son testament, *Leg. 11, cod. de legatis.* On peut voir sur tout cela, *Ricard, dict. loc. Catellan, liv. 5, chap. 56 ; Vedel, liv. 2, chap. 79 ; Albert, verb. legat, art 3 ; Maynard, liv. 8, chap. 69.*

§. 15.

§. 15. *Si uxori maritus dotem legaverit, valet legatum, quia plenius eſt legatum quàm actio de dote.*

Il eſt vrai en général que le legs fait par un débiteur de ce qu'il doit à ſon créancier, eſt valable toutes les fois que le créancier légataire peut y trouver quelque avantage ou quelque commodité, & qu'ainſi le légataire peut & eſt en droit de ſe prévaloir de cette diſpoſition ; mais le legs que le mari fait à ſa femme de ſa dot, paroît aſſez inutile parmi nous : car quoiqu'il ſoit vrai que le mari ou ſes héritiers ont une année de délai après la diſſolution du mariage pour rendre la dot qui conſiſte en argent ou en effets mobiliers, *Leg. unic.* §. *cùm autem*, *cod. de rei uxor. action.* au lieu que le legs de cette même dot pourroit être exigé, s'il n'y avoit pas de terme, d'abord après le décès du mari ; il n'en revient pourtant ni plus ni moins d'utilité à la femme, d'autant que pendant l'année du deuil les héritiers du mari ſont tenus de payer à la veuve ſa penſion ou année de viduité, qui équipolle ou ſurpaſſe même quelquefois les intérêts de ſa dot, lorſque cette dot ſe trouve modique, eu égard à la qualité & aux facultés du mari, outre qu'ils ſont obligés encore de lui payer une ſomme pour ſes habits de deuil. *Vid. Louet & Brodeau, lettre V. chap.* 11 ; *Catellan, liv.* 6, *chap.* 26.

Ainſi par un Arrêt du Parlement de Toulouſe du 18 ſeptembre 1743, au rapport du M. Charlary, en la Chambre des Vacations, il fut adjugé à la Demoiſelle Le Noir, veuve du ſieur Boucajai de la ville de Beziers, qui n'avoit eu qu'une dot de 1000 liv. la ſomme de 150 liv. pour ſon année de viduité, y compris les intérêts de ſa dot, attendu qu'ils n'étoient pas ſuffiſans pour ſon entretien, eu égard aux facultés du mari, & 100 liv. pour ſes habits de deuil.

Il fut auſſi jugé le 20 février 1734, au rapport de M. de Comere, en la cauſe de la Dame de Montels, veuve du ſieur de Méritans, & des héritiers de ſon mari, que cette Dame qui ne s'étoit conſtituée aucune dot, mais qui d'ailleurs avoit de quoi vivre honnêtement, ne pouvoit pas demander l'année de viduité, qui ne repréſente, pour ainſi dire, que les intérêts de la dot, mais on lui adjugea ſeulement les habits de deuil ; parce que la veuve, quoiqu'obligée *lugere maritum*, ne doit jamais porter le deuil à ſes dépens : & il fut convenu encore par l'avis des Juges, que la veuve qui a apporté une dot raiſonnable en argent ou en fonds, ne peut pas non plus prétendre d'année de viduité, lorſque cette dot lui a été payée ou rendue d'abord après le décès du mari, puiſqu'elle jouit alors ſans délai des intérêts de ſa dot.

§. 16. *Si res ſine facto legata hæredis perierit, legatario decedit.*

C'eſt une regle générale que ſi l'eſpece ou le corps légué périt ſans le

marqué ſon intention, en conſervant les deniers du payement à lui fait, ou en les employant à l'achat de quelque choſe, ou qu'il n'a pas expliqué ſa volonté à ce ſujet par ſes diſcours : *Maynard* parle auſſi du cas où l'on ſoutenoit que le teſtateur avoit dit & déclaré qu'il vouloit que le légat fût néanmoins payé en entier ; mais cette preuve vocale ſeroit-elle recevable aujourd'hui depuis l'Ordonnance de 1735 ? je penſe qu'oui, parce qu'elle ne défend d'admettre la preuve par témoins que des diſpoſitions teſtamentaires *qui ne ſeroient faites que verbalement* ; ce qui ne paroît pas s'appliquer au cas où il y a un teſtament contenant le légat, quoiqu'il y ait une préſomption ſimple de révocation de ce legs.

§. 22. *Si generaliter ſervus vel alia res legetur, electio legatarii eſt, niſi aliud teſtator dixerit.*

Lorſqu'une choſe a été léguée en général ſous le nom de ſon genre, comme un cheval, un mulet, une maiſon, le légataire a le droit de choiſir d'entre les eſpeces que le teſtateur a laiſſées, celle que bon lui ſemble; & il en eſt de même ordinairement, lorſque deux choſes ont été léguées ſans la particule disjonctive & alternative, *ou*, comme une maiſon, ou un fonds de terre, ce qui néanmoins doit dépendre des circonſtances & des préſomptions de la volonté du teſtateur. Cette queſtion, ſi c'eſt au légataire ou à l'héritier que le choix doit appartenir, paroît même aſſez inutile, parce qu'il eſt certain que quel des deux qui choiſiſſe, le choix ne doit point être exercé à la rigueur ; de façon que celui qui choiſit, ne doit pas prendre l'eſpece ou la choſe la meilleure ni la plus mauvaiſe, mais l'une des médiocres, *Leg.* 37, *ff. de legat.* 1°. On peut voir au ſujet de ce droit d'élection ou de choix, *Vinnius*, *hîc*, *&* *Ricard*, *tom.* 1, *part.* 2, *chap.* 4, *n.* 150, *& ſuiv.*

Il n'en eſt pas tout-à-fait de même dans les contrats ou obligations, parce qu'ils ne reçoivent guere d'interprétation ; de ſorte que dans l'obligation alternative de bailler une telle choſe, ou une telle, l'option appartient toujours à celui qui s'eſt obligé, ſi le contraire n'a été dit, tout de même que quand on a promis ſimplement de bailler une eſpece ſous le nom de ſon genre, §. 33, *verſic. huic autem*, *infr. de actionib.* *Leg.* 10, *in fine*, *ff. de jure dotium.* Il y a néanmoins un Arrêt rapporté par *Maynard*, *liv.* 8, *chap.* 87, qui jugea qu'une veuve, qui par ſon contrat de mariage avoit le choix d'une des maiſons de ſon mari pour y habiter durant ſa viduité, ne pouvoit pas choiſir la principale maiſon & château ſeigneurial, y ayant d'autres maiſons commodes pour ſon habitation.

Celui à qui le choix appartient, ayant une fois opté & déclaré ſa volonté, il ne peut plus changer ni varier, encore qu'elle n'eût pas été réellement exécutée, à moins qu'il n'eût été trompé par le fait de ſa partie, ou par quelqu'autre accident, comme s'il avoit choiſi une choſe qui ne fût pas

compriſe

§. 15. *Si uxori maritus dotem legaverit, valet legatum, quia plenius eſt legatum quàm actio de dote.*

Il eſt vrai en général que le legs fait par un débiteur de ce qu'il doit à ſon créancier, eſt valable toutes les fois que le créancier légataire peut y trouver quelque avantage ou quelque commodité, & qu'ainſi le légataire peut & eſt en droit de ſe prévaloir de cette diſpoſition; mais le legs que le mari fait à ſa femme de ſa dot, paroît aſſez inutile parmi nous : car quoiqu'il ſoit vrai que le mari ou ſes héritiers ont une année de délai après la diſſolution du mariage pour rendre la dot qui conſiſte en argent ou en effets mobiliers, *Leg. unic.* §. *cùm autem*, *cod. de rei uxor. action.* au lieu que le legs de cette même dot pourroit être exigé, s'il n'y avoit pas de terme, d'abord après le décès du mari; il n'en revient pourtant ni plus ni moins d'utilité à la femme, d'autant que pendant l'année du deuil les héritiers du mari ſont tenus de payer à la veuve ſa penſion ou année de viduité, qui équipolle ou ſurpaſſe même quelquefois les intérêts de ſa dot, lorſque cette dot ſe trouve modique, eu égard à la qualité & aux facultés du mari, outre qu'ils ſont obligés encore de lui payer une ſomme pour ſes habits de deuil. *Vid. Louet & Brodeau, lettre V. chap.* 11; *Catellan, liv.* 6, *chap.* 26.

Ainſi par un Arrêt du Parlement de Toulouſe du 18 ſeptembre 1743, au rapport du M. Charlary, en la Chambre des Vacations, il fut adjugé à la Demoiſelle Le Noir, veuve du ſieur Boucajai de la ville de Beziers, qui n'avoit eu qu'une dot de 1000 liv. la ſomme de 150 liv. pour ſon année de viduité, y compris les intérêts de ſa dot, attendu qu'ils n'étoient pas ſuffiſans pour ſon entretien, eu égard aux facultés du mari, & 100 liv. pour ſes habits de deuil.

Il fut auſſi jugé le 20 février 1734, au rapport de M. de Comere, en la cauſe de la Dame de Montels, veuve du ſieur de Méritans, & des héritiers de ſon mari, que cette Dame qui ne s'étoit conſtituée aucune dot, mais qui d'ailleurs avoit de quoi vivre honnêtement, ne pouvoit pas demander l'année de viduité, qui ne repréſente, pour ainſi dire, que les intérêts de la dot, mais on lui adjugea ſeulement les habits de deuil; parce que la veuve, quoiqu'obligée *lugere maritum*, ne doit jamais porter le deuil à ſes dépens : & il fut convenu encore par l'avis des Juges, que la veuve qui a apporté une dot raiſonnable en argent ou en fonds, ne peut pas non plus prétendre d'année de viduité, lorſque cette dot lui a été payée ou rendue d'abord après le décès du mari, puiſqu'elle jouit alors ſans délai des intérêts de ſa dot.

§. 16. *Si res ſine facto legata hæredis perierit, legatario decedit.*

C'eſt une regle générale que ſi l'eſpece ou le corps légué périt ſans le

marqué ſon intention, en conſervant les deniers du payement à lui fait, ou en les employant à l'achat de quelque choſe, ou qu'il n'a pas expliqué ſa volonté à ce ſujet par ſes diſcours : *Maynard* parle auſſi du cas où l'on ſoutenoit que le teſtateur avoit dit & déclaré qu'il vouloit que le légat fût néanmoins payé en entier ; mais cette preuve vocale ſeroit-elle recevable aujourd'hui depuis l'Ordonnance de 1735 ? je penſe qu'oui, parce qu'elle ne défend d'admettre la preuve par témoins que des diſpoſitions teſtamentaires *qui ne ſeroient faites que verbalement* ; ce qui ne paroît pas s'appliquer au cas où il y a un teſtament contenant le légat, quoiqu'il y ait une préſomption ſimple de révocation de ce legs.

§. 22. *Si generaliter ſervus vel alia res legetur, electio legatarii eſt, niſi aliud teſtator dixerit.*

Lorſqu'une choſe a été léguée en général ſous le nom de ſon genre, comme un cheval, un mulet, une maiſon, le légataire a le droit de choiſir d'entre les eſpeces que le teſtateur a laiſſées, celle que bon lui ſemble; & il en eſt de même ordinairement, lorſque deux choſes ont été léguées ſans la particule disjonctive & alternative, *ou*, comme une maiſon, ou un fonds de terre, ce qui néanmoins doit dépendre des circonſtances & des préſomptions de la volonté du teſtateur. Cette queſtion, ſi c'eſt au légataire ou à l'héritier que le choix doit appartenir, paroît même aſſez inutile, parce qu'il eſt certain que quel des deux qui choiſiſſe, le choix ne doit point être exercé à la rigueur ; de façon que celui qui choiſit, ne doit pas prendre l'eſpece ou la choſe la meilleure ni la plus mauvaiſe, mais l'une des médiocres, *Leg.* 37, *ff. de legat.* 1°. On peut voir au ſujet de ce droit d'élection ou de choix, *Vinnius*, *hîc*, & *Ricard*, *tom.* 1, *part.* 2, *chap.* 4, *n.* 150, & *ſuiv.*

Il n'en eſt pas tout-à-fait de même dans les contrats ou obligations, parce qu'ils ne reçoivent guere d'interprétation ; de ſorte que dans l'obligation alternative de bailler une telle choſe, ou une telle, l'option appartient toujours à celui qui s'eſt obligé, ſi le contraire n'a été dit, tout de même que quand on a promis ſimplement de bailler une eſpece ſous le nom de ſon genre, §. 33, *verſic. huic autem*, *infr. de actionib. Leg.* 10, *in fine*, *ff. de jure dotium.* Il y a néanmoins un Arrêt rapporté par *Maynard*, *liv.* 8, *chap.* 87, qui jugea qu'une veuve, qui par ſon contrat de mariage avoit le choix d'une des maiſons de ſon mari pour y habiter durant ſa viduité, ne pouvoit pas choiſir la principale maiſon & château ſeigneurial, y ayant d'autres maiſons commodes pour ſon habitation.

Celui à qui le choix appartient, ayant une fois opté & déclaré ſa volonté, il ne peut plus changer ni varier, encore qu'elle n'eût pas été réellement exécutée, à moins qu'il n'eût été trompé par le fait de ſa partie, ou par quelqu'autre accident, comme s'il avoit choiſi une choſe qui ne fût pas

compriſe

compriſe au légat, ou qui ne pût pas lui demeurer en propriété.

§. 24. *Legari autem illis ſolùm poteſt, cum quibus teſtamenti factio eſt*

On ne peut léguer, comme il eſt dit dans ce texte, qu'à ceux qui ſont capables de recevoir par teſtament ou autre diſpoſition, c'eſt-à-dire, qui n'auroient pas d'incapacité ou d'indignité en leur perſonne; ainſi on ne peut ni léguer, ni donner directement ni indirectement à ſon adultere ou à ſa concubine, ni à ſes tuteurs, curateurs, ou autres adminiſtrateurs, avant qu'ils aient rendu leur compte & payé le reliqua, comme je l'ai obſervé ci-devant ſur la fin du §. 1, du Titre *de hæredibus inſtituendis*, ni à ſes enfans naturels & bâtards, ſinon quelque choſe pour leurs alimens, &c.

Les legs même ou les inſtitutions & autres libéralités faites aux Confeſſeurs, Médecins, Précepteurs, Maîtres, ou autres perſonnes qui ont quelque autorité ſur l'eſprit de ceux qui diſpoſent à leur profit, ſur-tout ſi ces libéralités ſont conſidérables, ſont reprouvées & déclarées de nul effet, à cauſe de la captation & de la ſéduction préſumée. *Vid. Maynard, liv.* 2, *chap.* 97 *&* 98; *Dolive, liv.* 5, *chap.* 19; *Cambolas, liv.* 6, *chap.* 12.

§. 25. *Incertis perſonnis, neque legata, neque fideicommiſſa, olim relinqui conceſſum erat.*

Il eſt permis de léguer à des perſonnes incertaines, tout comme de les inſtituer ou les ſubſtituer; mais c'eſt avec quelque reſtriction que ces diſpoſitions peuvent avoir lieu : car ſi la perſonne du légataire peut être connue & manifeſtée par quelque action ou par quelque événement, & que dans ce cas on puiſſe reconnoître de la part du teſtateur quelque motif raiſonnable qui ait pu l'obliger à léguer, le legs eſt alors valable; comme ſi le teſtateur légue à celui qui épouſera ſa fille, ou à celle qui épouſera ſon fils, &c. au lieu que le legs eſt nul, & demeure à l'héritier, ſi l'incertitude du légataire ne peut pas être manifeſtée; comme ſi je légue à Pierre qui eſt en Dauphiné, n'étant pas poſſible de connoître un tel légataire, s'il n'y a pas d'autre circonſtance qui puiſſe ſervir à le déſigner; & le legs eſt également nul, quoique la perſonne du légataire puiſſe être connue, s'il paroît qu'il n'a eu pour objet que la foibleſſe de l'eſprit du teſtateur, ſans aucun motif du moins ſpécieux, comme s'il léguoit à celui qui paſſeroit le premier dans la place publique le jour de Pâque. *Vid. Ricard, tom.* 1, *part.* 1, *chap.* 3, *ſect.* 11; *Henrys & Bretonnier, tom.* 1, *livre* 5, *queſtion* 15.

Il en eſt de même des legs & autres diſpoſitions qui ſont laiſſés abſolument à la volonté d'un tiers ou de l'héritier lui-même, leſquelles ſont nulles, ſi ce n'eſt que le tiers eût ſeulement la faculté de choiſir une perſonne d'entre pluſieurs déſignées par le teſtateur, *incertam perſonam de certis*, ou qu'il fût ſeulement rendu ou établi arbitre, & non pas maître abſolu :

ainſi dans le premier cas, comme quand on légue cent piſtoles à telle perſonne que Jean ou que l'héritier voudront, le legs eſt nul; au lieu que ſi on le légue à un d'entre pluſieurs, tel que l'héritier ou un tiers voudront choiſir, le legs eſt valable.

Mais les legs faits en faveur des pauvres, des captifs, ou autres perſonnes de cette eſpece, ne doivent pas être regardés comme faits à des perſonnes incertaines, & ſont valables, *Leg.* 24 *&* 27, *cod. de Epiſcop. & Clericis.*

On a même jugé pluſieurs fois qu'un teſtateur pouvoit valablement léguer une certaine ſomme à un Curé, ou autre perſonne de confiance, ou charger ſon héritier de la lui bailler, pour être employée aux œuvres qu'il lui avoit confié, ſans que cette perſonne ſoit tenue ni obligée de déclarer le ſecret, ni de montrer l'emploi de ladite ſomme, à moins qu'il n'y eût lieu de ſoupçonner qu'il fût queſtion d'un emploi en faveur de perſonnes prohibées. *Vid. Louet & Brodeau, lettre L. chap.* 5; *Catellan & Vedel, liv.* 1, *chap.* 23.

Mais on doit remarquer que lorſque la volonté du teſtateur au ſujet de ces diſpoſitions ſecrettes n'eſt pas juſtifiée même par écrit, & qu'il ne s'agit que d'un dépôt d'une ſomme fait entre les mains d'une perſonne qui n'allégue qu'une confidence verbale à lui faite par le teſtateur pour la diſtribution de ce prétendu dépôt en œuvres pies & ſecrettes, on ne s'arrête pas à la déclaration de ce dépoſitaire, quelque homme de bien & de réputation qu'il puiſſe être, & il eſt obligé de délaiſſer la ſomme aux héritiers ou ſucceſſeurs du teſtateur.

Il y a pourtant un Arrêt du Parlement de Toulouſe rendu après partage en l'année 1705, Rapporteur M. de Parade, Contretenant M. de Chaſtanet, qui reçut & valida la ſimple déclaration d'un Curé, pour un dépôt fait entre ſes mains d'une ſomme à employer en œuvres pies, & jugea que cette déclaration, qui étoit la ſeule preuve qu'il y eût du dépôt, ne pouvoit pas être diviſée; cet Arrêt fut rendu entre M. le Procureur général, prenant la cauſe de ſon Subſtitut au Sénéchal de Montpellier, & la demoiſelle Fabre, couſine & ſuccédante à la femme qui avoit fait le dépôt, & qui n'avoit point laiſſé de deſcendans : cette queſtion ſouffriroit bien plus de difficulté depuis l'Ordonnance de 1735 concernant les Teſtamens.

§. 29. *Si in nomine, cognomine, teſtator erraverit, cùm de perſonâ conſtat, valet legatum.*

L'erreur dans l'expreſſion, non plus que le défaut d'expreſſion du nom ou ſurnom du légataire, ne rend pas le legs invalable, pourvu que par quelque endroit on puiſſe connoître celui dont le teſtateur a entendu parler; & cela a également lieu dans les inſtitutions d'héritier, à l'égard de l'héritier dont le teſtateur auroit mal exprimé le nom, ou qui ſeroit mal

désigné : ainsi un pere qui avoit trois enfans, appellés, Jean, Juste & Etienne, ayant laissé à chacun des deux premiers certaine portion de ses biens, & au résidu ayant institué son héritier son très-cher & bien-aimé fils, sans le nommer, il fut jugé que l'hérédité du pere appartenoit à Etienne, *Vid. Ricard, tom.* 1, *part.* 1, *chap.* 3, *sect.* 11, *n.* 557 ; ainsi un ayeul paternel qui avoit deux petits-fils *ex filiâ*, tous les deux appellés Guillaume, ayant dit qu'il prélèguoit une vigne à Guillaume son petit-fils, & qu'en tous ses autres biens il instituoit ledit Guillaume & autre Guillaume ses petits-fils, le prélégat de la vigne fut adjugé à l'aîné. *Vid. Catellan, liv.* 2, *ch.* 34.

Que si quelque legs ou fidéicommis a été laissé au premier né, ou à l'aîné, & qu'étant venu à naître deux jumeaux on ne sache pas quel des deux est venu le premier au monde, soit parce qu'on n'aura pas pris soin de le marquer, ou autrement ; dans ce cas les Auteurs estiment que le légat ou le fidéicommis doit être divisé entre tous le deux, ou bien qu'il faut décider la question par le moyen du sort.

L'équivoque au surplus dans la teneur d'un légat peut même quelquefois être favorablement interprêtée : ainsi par un Arrêt du Parlement de Toulouse du 27 août 1728 il fut jugé qu'un légat conçu en ces termes, *je légue aux enfans de mon frere à chacun deux cens livres*, devoit être de 200 liv. pour chacun, quoique l'héritier prétendît qu'il ne devoit être que 100 liv. pour chacun d'eux.

§. 30. *Falsâ demonstratione legatum non perimi.*

Une fausse démonstration n'invalide pas le légat, pourvu qu'il conste du corps légué, & qu'il n'y ait pas d'autre chose qui s'oppose à sa validité, c'est-à-dire, que la fausse démonstration ne soit qu'accessoire, & soit hors de la substance du legs ; car si elle composoit la substance du legs, il seroit nul, comme quand on légue une somme qui est due par un tel, & que ce tel ne doit rien.

La fausse démonstration ne peut pas non plus diminuer les légats, ni les donations : ainsi il a été jugé par l'Arrêt rapporté dans *le nouvel Albert, lettre L. chap.* 8, qu'un pere ayant fait une donation à l'un de ses enfans, dans laquelle il ordonna que son héritier lui payât 2000 liv. de légat qu'il lui avoit fait par son testament, ces 2000 liv. étoient dues, quoiqu'il n'y eût dans le testament qu'un legs de 1500 liv.

La fausse démonstration ne nuit pas non plus au légataire, auquel on auroit donné une qualité qu'il n'a pas : c'est pourquoi une femme qui avoit deux cousins germains, l'un appellé Jean fils de Bernard, & l'autre appellé François fils de Manaud, ayant légué une vigne à Jean fils de Manaud, ce legs fut adjugé par l'Arrêt qu'on lit dans *Catellan, liv.* 2, *chap.* 34, à Jean fils de Bernard, quoique l'autre cousin, appellé François, en eût joui pendant seize année depuis le décès de la testatrice ; parce que le nom

du légataire étant exprimé, la désignation de son pere fut regardée comme une fausse démonstration qui ne pouvoit nuire au légataire. *Vid. Bardet, tom.* 1, *liv.* 3, *chap.* 3.

§. 31. *Longè magis legato falsa causa adjecta non nocet.*

Par la même raison que nous avons dit qu'une fausse démonstration ne nuit pas au legs, la fausseté de la cause ajoutée au légat ne le rend pas nul, parce que, comme dit *Vinnius* sur ce texte, *ratio legandi legato non cohæret, & sine ullâ causâ legari potest & solet;* de sorte que, si la raison ou la cause proposée par le testateur ne paroît qu'accessoire, & si l'on peut présumer que cessant cette raison il n'eût pas laissé de faire la même disposition, le legs est valable; mais au contraire lorsque le testateur a tellement lié la cause avec le legs, qu'il paroît que l'un a été le motif de l'autre, *& quod aliàs legaturus non fuisset*, pour lors la cause ne se trouvant pas véritable, le legs doit demeurer sans effet. *Vid. Dolive, liv.* 5, *chap.* 17.

Sed si conditionaliter enunciata fuerit causa, aliud juris est.

Le legs conditionnel est nul par le défaut de la condition; mais il n'est pas toujours facile de connoître si un légat est pur ou simple, ou s'il est conditionnel. Le legs conditionnel est ordinairement celui qui est conçu par ces mots, *si*, *pourvu*, ou qui est laissé à un jour incertain, ou sous un événement casuel; mais il est pur & simple le plus souvent, quand il est conçu par ces mots, *pour*, *afin*, ou autres semblables, comme quand on a légué à une personne *pour se marier*, ou *afin qu'elle puisse se marier*, *pour faire ses études*, *pour prendre un métier*, *pour acheter un office*, *&c.* parce que toutes ces causes ne sont qu'impulsives du légat, & non finales; & cela est sur-tout hors de doute, lorsque le legs est fait à un fils, ou fille, ou à un proche parent, quoique les Auteurs y fassent un peu plus de difficulté, quand il s'agit d'un legs fait à un étranger. *Vid. La Roche & Graverol, liv.* 6, *titr.* 61, *art.* 17; *Cambolas, liv.* 4, *chap.* 49; *Faber en son Cod, lib.* 6, *tit.* 25, *def.* 9; *Papon, liv.* 20, *titr.* 5, *art.* 2; *Ricard, tom.* 1, *part.* 3, *chap.* 3, *sect.* 3, *dist.* 4, *n.* 348, *& tom.* 2, *traité des dispos. condit. chap.* 2, *n.* 30, 38, *& suiv.*

On ne disconvient pas qu'en matiere de dispositions de derniere volonté, le jour incertain, tel, par exemple, que celui de la mort de l'héritier, *pro conditione habetur*, *Leg.* 75, *ff. de condit. & demonst.* mais il est constant que le tems ou le jour à venir, soit de l'âge, ou du mariage, &c. apposé dans un legs, n'empêche pas que le legs ne soit pur & simple, lorsqu'il n'affecte pas la substance du legs, qu'il est séparé de la disposition, ou n'y est qu'accessoire, ou lorsque ce tems n'a été apposé qu'en faveur du

du légataire, ou qu'il a été mis ſimplement au payement & à l'exécution du légat. *Vid. La Roche, Cambolas & Ricard, dictis locis.*

Sur ces principes, on regarde comme purs, & par conſéquent tranſmiſſibles aux héritiers du légataire, les légats qui ſont faits, payables au légataire, lorſqu'il aura atteint un certain âge, ou lorſqu'il ſera marié, ou quand il ſe mariera, le mot *payable* faiſant aſſez connoître que le legs eſt pur dans ſa ſubſtance, & qu'il n'y a que le payement qui en ſoit différé; & on adjuge même ces legs au légataire qui eſt parvenu à l'âge nubile, ou qui a paſſé cet âge, quoiqu'il ne ſoit pas marié, afin de ne pas lui rendre le légat inutile, comme on l'apprend dans les mêmes Auteurs: ainſi par un Arrêt du Parlement de Toulouſe du 22 août 1731, rendu au rapport de M. de Reſſeguier, en faveur de la demoiſelle Boucher, à laquelle le ſieur de Saint-Aurens avoit légué 3000 liv. payables quand elle ſe marieroit, ou ſe feroit Religieuſe, le ſieur de Saint-Aurens, fils, fut condamné de payer ce légat à cette demoiſelle, qui venoit de paſſer l'âge de trente ans, ſans s'être mariée, ni faite Religieuſe.

Il avoit néanmoins été rendu un Arrêt, qui ſemble contraire, le 10 mai 1720 dans l'eſpece ſuivante, en laquelle j'avois inſtruit comme Avocat: la demoiſelle Nerſe avoit vendu au ſieur Pic de la ville de Niſmes une maiſon, & il avoit été ſtipulé que le prix lui en ſeroit payé, *lorſqu'elle viendroit à ſe marier, & non autrement, ſans que Pic pût la forcer à le recevoir avant ſon mariage;* cette demoiſelle ayant déja plus de quarante ans, & ne voulant pas, diſoit-elle, ſe marier, demanda ſon payement, prétendant que le pacte n'étoit qu'en ſa faveur, & qu'à le regarder autrement, il ſeroit illicite, perſonne ne devant être forcé à ſe marier par la crainte d'une peine; le Sénéchal de Niſmes l'ayant jugé de même, l'Arrêt réforma la Sentence, & relaxa l'acquéreur: en quoi cet Arrêt ne paroît pas trop juridique, à moins qu'on ne veuille dire qu'il s'agiſſoit d'une ſtipulation contractuelle, dans laquelle ces mots, *& non autrement*, ne ſouffroient point d'interprétation.

On trouve au ſurplus dans *Catellan, liv. 2, chap. 81, in fine*, des Arrêts qui ont jugé que le legs fait pour ſe mettre en métier, ou lorſque le légataire ſe mettra en métier, eſt payable dès que le légataire a atteint l'âge de vingt-cinq ans, ou qu'il ſe marie.

Il importe de connoître ſi un legs eſt pur, ou conditionnel; parce qu'un legs pur & ſimple, comme nous l'avons déja dit, peut être exigé d'abord après le décès du teſtateur, s'il n'y a un délai appoſé au payement, & ſe tranſmet même aux héritiers du légataire décédé avant le terme: au lieu que le legs conditionnel n'eſt pas dû au légataire avant l'événement du jour incertain ou de la condition, & devient caduc, nul, & acquis à l'héritier par le prédécès du légataire avant la condition, ainſi que nous le dirons encore ci-après ſur le §. 2, du Titre *de fideicommiſſariis hæreditatibus.*

Les modes ou les charges appoſées aux legs approchent de la condition, en ce que dans le mode & la charge, tout comme dans la condition, on attend quelque événement à venir & douteux; mais l'effet en eſt différent, en ce que le légat laiſſé ſous mode ou charge eſt pur & ſimple, & peut être d'abord demandé, en cautionnant toutefois par le légataire de rapporter la choſe léguée & les fruits qu'il en aura perçus, s'il ne ſatisfait pas à la charge, & que lorſqu'il a reçu ſon legs avant d'accomplir la charge, il le tranſmet à ſes héritiers, bien qu'il meure ſans y avoir ſatisfait. Il y a ſur cette matiere pluſieurs autres obſervations à faire qui nous meneroient trop loin.

Nous nous contentons de remarquer que par un Arrêt du 21 mars 1714, rendu au Parlement de Toulouſe, au rapport de M. de Bojat, il fut jugé que Me. Granier, Procureur à la Cour des Aydes de Montpellier, ayant légué une ſomme de 800 liv. *au ſieur Gep ſon neveu, s'il n'étoit pas Prêtre, payables quand il auroit vingt-cinq ans*, le legs lui étoit dû à l'âge de vingt-cinq ans, n'étant point Prêtre, ſans qu'il fût obligé de donner caution de rendre, s'il ſe faiſoit Prêtre, & le ſieur Gep ſon frere, héritier, fut condamné au payement.

Il y a un autre Arrêt du mois d'août 1707, au rapport de M. de Gauran, qui a jugé qu'une diſpoſition n'étoit pas rendue conditionnelle par ces termes, *je déclare qu'en cas que je vienne à mourir cette campagne, je donne mes biens à mon frere, & lui ſubſtitue un tel mon neveu*; car quoique le teſtateur eût vécu encore deux années après cette campagne, ſans avoir fait d'autre teſtament, on décida que le teſtament étoit valable, & que ſa ſœur ni ſes autres neveux n'avoient rien à prétendre à ſa ſucceſſion.

§. 34. *Antè hæredis inſtitutionem inutiliter anteà legabatur, &c.*

Il n'eſt plus néceſſaire aujourd'hui, ſuivant ce texte, que l'inſtitution d'héritier dévance les légats, l'héritier étant toujours chargé par ſon acceptation de les payer; & cela n'eſt pas même néceſſaire dans les teſtamens faits par des aveugles, quoique *Dolive, liv. 5, chap. 6*, ſemble parler à leur égard de cette formalité, comme d'une formalité requiſe par la Loi *hac conſultiſſimâ, cod. qui teſtam. facere poſſunt*; ce qui a été auſſi jugé inutile par l'Arrêt du 24 juillet 1728, dont nous avons parlé ci-devant ſur le §. 4, du Titre *quibus non eſt permiſſum facere teſtam.*

Du reſte, il n'arrive jamais, ſur-tout depuis l'introduction du bénéfice d'inventaire, qu'on répudie une hérédité qui eſt en état d'acquitter les légats, & quand le cas arriveroit, quand même l'héritier viendroit à mourir avant le teſtateur, & que l'inſtitution ſe trouveroit par-là caduque, ou qu'il n'y auroit pas même d'inſtitution d'héritier dans le teſtament, les légataires n'y perdroient rien, ſoit qu'on fît valoir le teſtament comme codicile, ou au moyen de la clauſe codicillaire, en vertu de laquelle les ſuc-

ceſſeurs légitimes ſeroient cenſés chargés d'acquitter les legs, ſoit qu'on ſuppléât même ladite clauſe codicillaire, ſoit enfin parce qu'on pourroit, en ſe conformant à la Novelle 1, *cap.* 1, appeller les légataires à prendre l'hérédité pour ſauver leurs legs : *Vid. Ferrieres, in quæſt.* 604 *de Guypap. Ricard, tom.* 1, *part.* 3, *chap.* 2, *ſect.* 3; & pour ce qui eſt des Pays Coutumiers, où l'on ne reconnoit pas les inſtitutions d'héritier, & où il n'eſt regardé tout au plus que comme un légataire univerſel, il importe encore moins pour la validité & le payement des légats, qu'il y ait un héritier, ou qu'il n'y en ait pas, ou qu'il répudie ; parce que ce ſont toujours les ſucceſſeurs légitimes qui ſont chargés de payer les legs, ſoit univerſels, ou particuliers.

TITRE XXI.

De Ademptione Legatorum, & Tranſlatione

CE Titre n'exige aucune explication ; car on comprend ſans peinequ'un légat peut être ôté ou transféré à une autre perſonne par une diſpotion contraire.

Les légats même ſont révoqués par la révocation du teſtament qui les contient, ou par un ſecond teſtament parfait qui rend inutile de plein droit le précédent, ſans en excepter même aujourd'hui les legs pies, comme nous l'avons dit ailleurs.

Comme auſſi les legs ne ſont pas dûs d'un teſtament imparfait, ou caſſé par défaut de quelqu'une des ſolemnités requiſes, la volonté du défunt n'étant pas ſuffiſamment conſtatée en aucun point par un teſtament où les formalités manquent : il n'y a que le cas où le teſtament vaudroit comme codicile ou en vertu de la clauſe codicillaire, auquel cas les legs ſubſiſteroient.

Les legs ne ſont pas dûs non plus d'un teſtament caſſé par défaut de volonté du teſtateur, ou par captation ou ſuggeſtion, nonobſtant même la clauſe codicillaire qui auroit été appoſée.

Ni lorſque le teſtament ſe trouve annullé par l'incapacité du teſtateur à teſter, ou bien par la mort civile que le teſtateur a poſtérieurement encourue par une condamnation pour crime ; car alors les legs ſont emportés auſſi bien que le teſtament.

Cependant les legs contenus dans un teſtament nul par prétérition ou par exhérédation injuſte ſubſiſtent, bien que l'inſtitution d'héritier ſoit annullée, ſuivant l'authentique *ex cauſâ, cod. de liberis præteritis*, & l'Ordonnance de 1735, art. 53.

Et de même d'un teſtamennt qui eſt caſſé par l'incapacité ou l'indignité

de l'héritier institué, les légats subsistent, & doivent être acquittés par les successeurs *ab intestat. Leg.* 12, *ff. de his quæ ut indignis. Leg.* 3, *cod. ad Legem Falcidiam.*

TITRE XXII.

De Lege Falcidiâ.

Novissimè lata est Lex Falcidia, quâ cavetur ne plus legare liceat quàm dodrantem totorum bonorum, id est, sive unus hæres institutus sit, sive plures, apud eum eosvè quarto pars remaneat.

On voit par ce texte que la quarte, qu'on appelle falcidie, n'est autre chose que le quart de l'hérédité, qui est donné & accordé par la Loi aux héritiers, lorsqu'ils se trouvent chargés de légats excessifs.

Les textes de Droit appellent aussi du nom de falcidie la quarte que nous nommons trébellianique, du nom du Sénatus-Consulte Trébellien, & qui est le quart de l'hérédité, qui est accordé à l'héritier chargé de fidéicommis.

Ces deux quartes qui sont en usage dans les Pays de Droit Ecrit, sont au surplus entierement inconnues dans les Pays Coutumiers, comme l'observent *Du Moulin, Coutume de Paris, titr. des Fiefs*, §. 15, *gloss.* 4, *n.* 10; & *Bacquet, du droit de bâtardise, chap.* 5, *n.* 22, *& suiv.*

Par les Loix du Digeste & du Code, ces quartes falcidie & trébellianique ne pouvoient point être prohibées; mais par le Droit nouveau le testateur peut en prohiber & défendre à son héritier la détraction, non seulement par son testament, mais aussi par un codicile, quoiqu'il eût omis de le faire dans sont testament, *Novell.* 1, *cap.* 2, *versic. si verò, & cap.* 4, §. *ult. Maynard, liv.* 5, *chap.* 49; *Ferrieres, in quæst.* 537 *de Guypap. & l'Ordonnance des Testamens de* 1735, *art.* 60.

De plus, quoique ladite Novelle premiere, *cap.* 2, §. 2, exige une prohibition expresse de ces quartes, on a toujours distingué les héritiers descendans des héritiers étrangers, en jugeant à la vérité qu'il faut une défense expresse de ces quartes à l'égard des enfans ou descendans du testateur institués héritiers; mais qu'à l'égard des héritiers étrangers il suffit d'une prohibition tacite ou faite par paroles générales, comme, par exemple, quand l'héritier étranger est chargé de payer les entiers légats, ou qu'il est chargé de rendre l'hérédité sans diminution, ou tous les biens, ou l'hérédité en entier, ou de plein droit, &c. c'est ce qu'on voit dans *Ferrieres, in quæst.* 51 *&* 537 *de Guypap. Maynard, liv.* 5, *chap.* 32; *Catellan, liv.* 2 *chap.* 30; & cela est conforme à l'Ordonnance des Testamens de 1735, art. 60, qui en parlant des héritiers qui ont droit de légitime, veut que la prohibition

tion de détraire les quartes falcidie & trébellianique ne puiſſe leur être faite qu'en termes exprès, par où elle comprend même dans ſa déciſion les aſcendans inſtitués héritiers ; ce même article veut auſſi que lorſque le teſtateur a expreſſément prohibé au légitimaire ſon héritier de détraire tout à la fois la légitime & la quarte, il aye néanmoins toujours le choix de prendre ou ſa légitime ou la quarte, & que le teſtateur ne puiſſe le priver de ce choix qu'en le réduiſant nommément à ſa légitime.

A l'égard des héritiers étrangers, on regarde même comme une prohibition tacite, & par conſéquent ſuffiſante de la falcidie, la défenſe que le teſtateur leur a fait de faire inventaire, ſuivant l'Arrêt rapporté par *Soefve*, *tom.* 2, *cent.* 4, *chap.* 30; ce qui n'auroit pas lieu néanmoins à l'égard de la trébellianique; comme auſſi ſi le teſtateur a permis à ſon héritier étranger, chargé de rendre, de retenir une certaine ſomme, ou effet, ou un certain fonds, quoiqu'ils ne vaillent pas autant que la quarte, on juge que c'eſt une prohibition tacite & ſuffiſante de la trébellianique pour le ſurplus.

Les quartes falcidie & trébellianique peuvent être prohibées, ſoit en tout, ſoit ſeulement en partie, & l'on peut auſſi prohiber la trébellianique ſur certaines choſes, & la falcidie ſur certains legs, & non ſur les autres, auquel cas l'héritier peut prendre l'entiere falcidie ſur les autres légats, ſuivant *Ferrieres*, *in quæſt.* 537 *de Guypap.* & comme il fut jugé par Arrêt après partage, rendu au rapport de M. de Comere, en la ſeconde Chambre des Enquêtes entre le ſieur Gauffre, Marchand de Lodeve, & Jeanne & Marthe Fulcrand ſes nieces, le 7 août 1719.

La détraction des quartes falcidie & trébellianique, conjointement avec la légitime, eſt contre les principes du Droit, tous les Auteurs en conviennent d'après *Fernand* ſur la Loi *in quartam*, *præfat.* 5, *n.* 2, *pag.* 318; on jugeoit pourtant dans preſque tous les Parlemens du Royaume, même avant l'Ordonnance de 1735 concernant les Teſtamens, que l'enfant inſtitué & chargé de fidéicommis pouvoit prendre tout enſemble la légitime & la trébellianique, ſi celle-ci n'avoit pas été expreſſément prohibée; cela fondé ſur le chapitre *Raynutius* & le chapitre *Raynaldus*, *extr. de teſtamentis*, comme on l'apprend dans *Maynard*, *livre* 5, *chapitre* 47; *Dolive*, *livre* 5, *chap.* 27.

Et on jugeoit également que l'enfant pouvoit prendre, outre ſa légitime, la trébellianique ſur ſes freres mêmes, ou ſœurs, ſubſtitués à lui. *Vid. Catellan*, *liv.* 4, *chap.* 79.

Tout au contraire, on jugeoit que l'enfant inſtitué héritier ne pouvoit prendre tout enſemble la légitime & la quarte falcidie ſur les légats excédans les trois quarts de l'hérédité, & on lui donnoit ſeulement le choix de prendre celle deſdites deux quartes qui lui étoit la plus avantageuſe, & qu'il trouvoit à propos : bien plus, on ne lui permettoit d'omettre la légitime pour prendre la falcidie, que lorſque les légataires étoient des étran-

gers ou des collatéraux ; car si c'étoit des enfans du testateur, légataires à titre d'institution pour leur légitime, on jugeoit qu'il n'y avoit pas même de choix à faire, & que le fils héritier ne pouvoit pas détraire de falcidie sur eux, étant regardés comme de vrais cohéritiers. *Dolive, liv. 5, chap. 27 ; Catellan, liv. 2, chap. 49.*

Mais cette contrariété a été corrigée & changée par l'Ordonnance de 1735, qui en l'article 60 donne non seulement le choix & l'option, lorsque la détraction de la quarte falcidie ou trébellianique conjointement avec la falcidie a été expressément prohibée, ainsi que nous l'avons déja dit, mais qui même en l'article 56 permet, tant aux enfans qu'aux autres légitimaires institués héritiers, de prendre outre la légitime, aussi bien la falcidie sur les legs, que la trébellianique sur les fidéicommis, lorsque ces quartes n'ont pas été prohibées ; ce qui s'applique même à un fils qui auroit été institué & chargé envers ses freres, ou sœurs, de legs excédans les trois quarts de l'hérédité, d'autant mieux que par l'article 59 de ladite Ordonnance il est porté par exprès que l'article 59 sera exécuté à l'égard de toutes sortes de testamens, même du militaire, & par conséquent à l'égard des testamens faits entre enfans.

Par la Jurisprudence du Parlement de Toulouse, tout héritier qui n'a pas fait inventaire, est privé de pouvoir prendre la falcidie, & doit payer les legs en entier, conformément à la Novelle 1, *cap.* 2, d'où a été prise l'authentique, *sed. cùm testator. cod. ad Legem Falcidiam. Vid. Maynard, liv* 5, *chap.* 62 ; *Dolive, liv.* 5, *chap.* 26.

Mais quoiqu'on n'entrevoie pas la raison de la différence, on juge, suivant ces mêmes Auteurs, que le défaut d'inventaire ne fait pas perdre la trébellianique à l'héritier grévé vis-à-vis du substitué. On peut voir ce que j'ai dit là-dessus vers la fin du paragraphe 5 du Titre précédent, *de hæredum qualitate & differentiâ.*

§. 2. *Quantitas autem patrimonii, ad quam ratio Legis Falcidiæ redigitur, mortis tempore spectatur.*

De ceci il suit que ni les accroissemens, ni les diminutions survenues dans les biens héréditaires depuis le jour de la mort du testateur, n'entrent pas en considération pour la fixation de la quarte falcidie, puisqu'on n'envisage que la valeur des biens, eu égard au tems du décès du testateur ; & il faut dire la même chose de la quarte trébellianique.

Mais on demande si ce qu'un fils a reçu de son pere, pendant que le pere vivoit, doit être imputé & précompté par ce fils en sa quarte falcidie. Il semble d'abord que l'imputation est inévitable, sur-tout depuis qu'il a passé en maxime, que toutes les donations faites au fils sont imputables en sa légitime, comme censées faites en avancement d'hoirie, & que la légitime est plus favorable que la falcidie : cependant la Jurisprudence des

Arrêts eſt contraire, & avec raiſon, ce ſemble ; ſoit parce que, ſuivant la Loi 91, *ff. ad Legem Falcid.* l'héritier ne doit imputer en la falcidie que ce qu'il prétend *jure hæreditario* ; ſoit parce qu'on ne peut pas préſumer que les donations qu'on a fait à celui que l'on a inſtitué dans la ſuite pour ſon héritier, & dans un tems où il n'avoit encore aucun droit à cet héritage, aient été faites dans l'intention qu'il les imputeroit ſur les droits qui lui appartiendroient en qualité d'héritier, ſi le teſtateur ne l'a dit par exprès. *Vid. Dolive, liv. 5, chap. 30 ; Henrys, tom. 2, liv. 5, queſt. 56, in fine, de la pénultiéme édition.*

§. 3. *Cùm autem ratio Legis Falcidiæ ponitur, antè deducitur æs alienum, item funeris impenſa, &c.*

La falcidie ne ſe prend pas des donations entre-vifs, elle ne ſe prend pas non plus des dettes héréditaires, car elles doivent être prélevées & payées avant toute œuvre ; on préleve même ce qui peut être dû à l'héritier, les frais funéraites, & les légitimes qui ſont regardées comme des dettes ; autrement, toutes ces choſes diminueroient d'autant la quarte falcidie, ſi on ne les prélevoit pas : ce qui revient pourtant au même ; & l'on obſerve la même choſe à l'égard de la trébellianique.

Au ſurplus, par la Juriſprudence atteſtée par *Catellan, liv. 1, chap. 53* ; & par *Boutaric ſur ce paragraphe*, conforme *à l'authentique ſimiliter, cod. ad Legem Falcid.* & contre l'ancien Droit des Pandectes, *in Leg. 1, §. 5, ff. ad Legem Falcid.* l'héritier ne pouvoit pas prendre la falcidie ſur les legs faits en faveur de la cauſe pie, & on avoit même étendu ceci juſqu'à la trébellianique : enſorte que l'héritier chargé d'un fidéicommis envers l'Egliſe ou la cauſe pie, ne pouvoit pas non plus la détraire, fût-il même un enfant en premier dégré du teſtateur ; mais on doit regarder cela comme abrogé par l'article 56 de l'Ordonnance de 1735 concernant les Teſtamens, qui ne fait aucune diſtinction ſur la qualité des legs ou des fidéicommis, & plus encore par l'article 78 de la même Ordonnance, qui a ôté tout privilege à la cauſe pie en matiere de dernieres diſpoſitions, & l'a miſe au niveau des perſonnes étrangeres.

Enfin on peut remarquer que pour qu'un héritier ou ceux qui ſont à ſa place, aient le droit de détraire, ſoit la falcidie, ſoit la trébellianique, il faut qu'il ait été chargé comme héritier, ſoit teſtamentaire, ou *ab inteſtat, Leg. 22, §. ult. ff. ad Trebellianum* ; tellement qu'il faut, par exemple, pour donner lieu à la rétention ou détraction de ces quartes, que l'héritier ſoit chargé de rendre l'hérédité, ou une partie de ce droit univerſel, ou chargé en la même qualité de légats exceſſifs : delà vient que le donataire contractuel, chargé par l'acte de donation de rendre les biens qui lui ont été donnés, ne peut pas détraire la trébellianique, *Maynard, liv. 5, chap. 67 ; Cambolas, liv. 1, chap. 45* ; ce qui paroît néanmoins injuſte,

lorsque la donation étant faite en contrat de mariage se trouve générale & universelle, d'autant que l'Usage de la France a autorisé dans ses contrats les donations, institutions & fidéicommis universels, & qu'un tel donataire est *loco hæredis* : de plus, lorsque le donataire se trouve chargé de rendre par un testament postérieur les biens qui lui avoient été précédemment donnés, (dans le cas où ces substitutions aux biens donnés sont permises) il y a lieu alors à la rétention de la quarte trébellianique, suivant un Arrêt du Parlement de Toulouse du 6 février 1643, rapporté par *Aymard* sur l'article 56 de l'Ordonnance des Testamens de 1735; j'ai vu cependant, il n'y a pas long-tems, des fameux Avocats être d'un avis contraire.

TITRE XXIII.

De fideicommissariis Hæreditatibus, & ad Senatus-Consultum Trebellianum.

NOUS avons parlé ci-devant des substitutions vulgaire, pupillaire, exemplaire, réciproque & compendieuse, & ce Titre traite des substitutions fidéicommissaires & obliques, c'est-à-dire, des fidéicommis, dont nous avons dit quelque chose.

Nous avons, par exemple, remarqué au commencement du Titre *de vulgari substitutione*, que la substitution fidéicommissaire est celle dans laquelle le substitué ne prend pas directement les biens de la main du testateur, comme dans le cas de la vulgaire; mais de la main de celui auquel il est substitué, après que celui-ci les a recueillis, & que c'est par cette raison qu'on l'appelle fidéicommissaire.

Nous avons observé encore sur le paragraphe 9 du Titre *de pupillari substitutione*, que les substitutions fidéicommissaires se font le plus souvent par des termes obliques & indirects de charge, de priere, ou d'injonction de rendre, adressés à l'héritier grévé, & que néanmoins dans l'usage il importe peu de quels termes que le testateur se soit servi, soit directs, ou obliques, qu'il ait chargé ou prié son héritier de rendre à un tel, ou que simplement il lui ait substitué un tel.

§. 1. *Fidei-committebant eorum qui capere ex testamento poterant, &c.*

Quoique l'usage des substitutions fidéicommissaires semble avoir eu d'abord un mauvais principe, & devoir son origine aux pactions tacites & secrettes de rendre à des personnes prohibées, ainsi qu'il est expliqué dans ce texte, il est certain néanmoins que les Loix en autorisant les fidéicommis n'ont jamais entendu approuver les fidéicommis secrets faits au profit des personnes incapables ou indignes, & que ces sortes de fidéicommis

mis ont été défendus par le Droit Romain, tout comme ils le ſont par la Juriſprudence de ce Royaume, ainſi qu'on le voit dans la Loi 3, *ff. de Jure Fiſci*; mais au lieu que le Droit Romain adjugeoit alors les biens au Fiſc, ce ſont au contraire parmi nous les plus proches parens du teſtateur qui en profitent, tandis que l'incapable ou l'indigne, auſſi bien que celui qui auroit prêté ſa foi en fraude de la Loi, en demeurent privés. *Vid. Ricard, tom.* 1, *part.* 1, *chap.* 3, *ſect.* 16, *n.* 713, *& part.* 3, *chap.* 3, *ſect.* 1, *n.* 191, *& ſuiv.*

La Loi 3, *cod. ad Legem Falcid.* prive même dans ce cas l'héritier, que l'on prouve s'être ainſi frauduleuſement obligé, de la quarte qu'il auroit autrement eu droit de prétendre, & néanmoins la Loi 18, §. *ult. ff. de his quæ ut indignis*, ne le prive pas des prélegs qui lui auroient été faits.

Il eſt ſouvent difficile de découvrir & de prouver cette eſpece de fidéicommis ſecrets faits en faveur de perſonnes prohibées; car la Loi 3, *ff. de jure Fiſci*, veut qu'on ne puiſſe prouver un fidéicommis tacite, que par des écrits, s'il y en a, ou par d'autres preuves, pourvu qu'elles ſoient évidentes & manifeſtes; & la Loi 25, *ff. de his quæ ut indignis*, rejette en cette matiere les préſomptions, telles que ſeroient la proximité de l'héritier ou le légataire tacitement grévé, & la perſonne prohibée.

Les Auteurs remarquent pourtant que le Droit Romain ne rejettoit en cette matiere les préſomptions priſes de la proximité ou parenté, que pour ne pas trop favoriſer la cauſe du Fiſc; mais que cette raiſon ceſſant par l'uſage du Royaume, où ce qui eſt laiſſé à une perſonne prohibée, eſt adjugé aux ſucceſſeurs légitimes du défunt, & non au Fiſc, les préſomptions de cette nature peuvent former quelquefois une preuve ſuffiſante : comme, par exemple, ſi l'on avoit inſtitué le pere de ſa concubine, auquel elle peut ſuccéder, ou la femme de ſon bâtard, &c.

Ces fidéicommis ſecrets faits en fraude de la Loi peuvent encore ſe prouver ce ſemble, par le ſerment ou l'audition cathégorique de celui qu'on prétend en avoir été tacitement chargé; mais on demande ſi en défaut des préſomptions de Droit dont il vient d'être parlé, ou quand on appréhende le ſerment du grévé qui ſera peut-être de mauvaiſe foi, l'on peut être reçu à prouver par témoins le fidéicommis tacite.

Avant l'Ordonnance de 1735 concernant les Teſtamens, on avoit reçu dans cette Province la preuve vocale des fidéicommis verbaux, non ſeulement prohibés, mais auſſi de ceux qui étoient licites, & ce, par les ſeuls témoins numéraires du teſtament, s'agiſſant d'un fidéicommis permis, *Catellan, liv.* 2, *chap.* 10; *Boutaric, Inſtit. hoc. loco*; enſuite l'on avoit jugé que quand le fidéicommis licite ſe trouvoit fait legs ou incontinent après le teſtament, la preuve n'en devoit être reçue que par les ſeuls témoins numé-

raires, autrement on en recevoit la preuve par toute ſorte de témoins. *Vedel & Catellan. dict. loc.*

Mais depuis ladite Ordonnance de 1735, qui en l'article 1, a défendu la preuve par témoins de toutes les diſpoſitions à cauſe de mort, ce qui peut s'appliquer à tous les fidéicommis verbaux de quelque nature qu'ils puiſſent être, il paroît difficile de décider ſi l'on peut être reçu à la preuve vocale deſdits fidéicommis ſecrets faits au profit des perſonnes prohibées, quoiqu'il ne s'agiſſe dans cette preuve que de les détruire, de les anéantir, ou d'en empêcher l'effet. *Ricard*, dans ſon traité des Donations, dit que la preuve n'en peut être reçue, & qu'il n'y a que le ſerment de l'héritier à exiger. *Danti*, en ſon Commentaire ſur *Boiſſeau*, enſeigne que pour être reçu à cette preuve vocale, il faut qu'il y ait un commencement de preuve par écrit, ou bien qu'il y ait des faits évidens qui marquent le fidéicommis tacite, notamment ſi ces faits ont ſuivi la mort du teſtateur, comme ſi la perſonne prohibée a joui des biens laiſſés à l'héritier ſans les avoir achetés, & autres circonſtances qu'il faut laiſſer à la prudence des Juges; & je crois que c'eſt à cela qu'il faut s'en tenir, parce qu'enfin il importe au public de découvrir & d'empêcher ces fraudes qui ſe font au mépris des Loix.

Il y a un Arrêt rendu au Parlement de Toulouſe, au rapport de M. Eymar de Palamini, le 14 mai 1736, qui, ſur l'appel de la Sentence du Sénéchal de ladite Ville, relevé par le ſieur Couſin, demandeur en caſſation du teſtament de Me. Demurs, Chanoine de Gaillac, prétendant que le ſieur Lavergne n'y avoit été inſtitué héritier que pour rendre ſecrettement à une concubine du teſtateur & à une fille provenue de leur commerce, réformant ladite Sentence, ordonna, avant dire droit, que le ſieur Couſin prouveroit, *per quoſcumque teſtes*, le mauvais commerce du teſtateur, & les autres faits par lui allégués, tant poſtérieurs qu'antérieurs au décès dudit Me. Demurs, quoique le Sénéchal eût refuſé cette preuve, & eût ordonné ſimplement le ſerment dudit Lavergne, comme quoi il n'avoit été chargé d'aucun fidéicommis tacite; cet Arrêt eſt néanmoins antérieur à l'enrégiſtrement de l'Ordonnance des Teſtamens, qui ne fut régiſtrée au Parlement de Toulouſe que le 23 février 1737.

Mais il y a un autre Arrêt qui eſt poſtérieur, rendu après partage le 8 août 1748 dans les procès du ſieur de Sabran, Capitaine d'Infanterie, demandeur en caſſation du teſtament de M. de Sabran ſon Frere, Conſeiller en la Cour des Aydes de Montpellier, dans lequel il avoit inſtitué héritier le ſieur Perier, Banquier de ladite Ville, homme avec lequel le teſtateur n'avoit aucune liaiſon, & qui lui étoit preſque inconnu; le ſieur Sabran prétendoit que le ſieur Perier n'avoit été inſtitué héritier que pour rendre à la demoiſelle Robin, de laquelle le teſtateur avoit eu pluſieurs enfans: il ſoutenoit même que la demoiſelle Robin avoit demeuré en poſſeſſion de

l'hérédité & nantie des clefs depuis le décès du teſtateur juſqu'au jour de l'aſſignation donnée au ſieur Perier : celui-ci avoit rendu ſon audition cathégorique, dans l'aquelle on prétendoit qu'il y avoit quelques aveux & contradictions ; & là-deſſus l'Arrêt, demeurant les aveux & actes du procés, admit le ſieur Sabran à faire la preuve des faits par lui allégués, & lui réſerva même d'en coarcter de nouveaux.

§. 2. *Sciendum eſt opus eſſe ut aliquis recto jure teſtamento inſtituatur, ejuſque fidei-committatur ut eam hæreditatem alii reſtituat.*

Il faut dans le cas de la ſubſtitution fidéicommiſſaire, comme nous l'avons déja obſervé ci-devant, qu'il y ait un héritier, de la main duquel le ſubſtitué puiſſe prendre les biens, après que l'héritier les a recueillis ; car autrement, s'il les recevoit de la part du teſtateur lui-même ſans l'entremiſe d'autre perſonne, ce ſeroit une ſubſtitution vulgaire & directe.

De-là vient que, ſuivant le Droit, la caducité de l'inſtitution par le prédécès de l'héritier grévé avant le teſtateur emportoit la caducité du fidéicommis, & le rendoit inutile & comme non avenu, *Leg.* 78, *ff. de legatis* 1°. *Leg.* 13, §. 3, *in fine*, *ff. ad Trebell. & Leg.* 14, *cod. de fideicommiſſis* : les Loix n'exceptoient que trois cas ; le premier, quand le teſtateur avoit ignoré la mort de l'héritier inſtitué, *Leg.* 13 *&* 14, *ff. de teſtam. militis* ; le ſecond, quand l'inſtitution avoit été faite par un ſoldat *jure militari*, *Leg.* 41, *ff. eodem* ; le troiſieme, quand les héritiers *ab inteſtat*, le cas y écheant, ſe trouvoient chargés de rendre le fidéicommis, *Leg. eam quam*, *cod. de fideicommiſſis*, ce qui avoit l'effet d'un codicile ou de la clauſe codicillaire.

On n'avoit jamais douté que la clauſe codicillaire, par laquelle les ſucceſſeurs légitimes ſont cenſés priés de rendre eux-mêmes le fidéicommis en défaut de l'héritier inſtitué, en retenant la quarte, ne fît valoir le teſtament au profit du ſubſtitué, & malgré la caducité de l'inſtitution ; l'article 57 de l'Ordonnance de 1735 concernant les Teſtamens, le décide de même.

Mais il y avoit difficulté pour ſavoir, ſi, lorſque le teſtament ne contenoit pas la clauſe codicillaire, ou même ſans le ſecours de cette clauſe, quoiqu'inſérée dans le teſtament, la ſubſtitution fidéicommiſſaire, dont l'héritier avoit été chargé, ſubſiſtoit, & pouvoit valoir de ſoi-même, malgré la caducité de l'inſtitution & le prédécès de l'héritier avant le teſtateur ; ſi en un mot, la ſubſtitution fidéicommiſſaire renfermoit la vulgaire, ou pouvoit ſe convertir en vulgaire ſans aucun détour : enſorte que le teſtament *vires caperet à ſecundo gradu*, comme ſi la ſubſtitution eût été vulgaire, & ſans détraction par conſéquent de la quarte trébellianique. *Vid. Boutaric*, *Inſtit. pag.* 352.

Suivant la Juriſprudence du Parlement de Toulouſe, dans le cas pro-

posé, le fidéicommis subsistoit, & passoit sans aucun circuit sur la tête du fidéicommissaire, sans qu'il fût besoin de recourir à la clause codicillaire ; par où on jugeoit que la substitution fidéicommissaire comprenoit la vulgaire, ou pouvoit se convertir en vulgaire : la chose avoit été ainsi décidée par un Arrêt du 8 mars 1738 dans cette espece. Me. Carriere, Docteur aggrégé en la Faculté de Droit dans la ville de Toulouse, avoit fait son testament le 5 avril 1724, où il avoit institué héritier Me. Carrier, Juge-Mage de ladite Ville, son frere, le chargeant de rendre à sa mort son hérédité, sans détraction de quarte, à tel de ses enfans mâles qu'il trouveroit à propos, & en défaut de nomination de sa part, il nomma le sieur Carriere, Chanoine de ladite Ville, son neveu, fils dudit sieur Juge-Mage : l'héritier institué étant mort environ neuf mois avant le testateur qui décéda sans faire d'autre testament, il fut jugé que cette substitution fidéicommissaire valoit, malgré la caducité de l'institution, en faveur du sieur Carriere, Chanoine, comme vulgaire, & sans recourir à la clause codicillaire.

Mais l'Ordonnance des Substitutions du mois d'août 1747, tit. 1, art. 26, a dérogé à cette Jurisprudence : car elle a déclaré que dans tout testament, autre que le militaire, la caducité de l'institution emportera celle de la substitution fidéicommissaire, si ce n'est lorsque le testament contiendra la clause codicillaire, auquel cas par conséquent les successeurs *ab intestat* auront le droit de retenir la quarte trébellianique, si elle n'a pas été prohibée ; & cela est conforme aux principes & à la doctrine de *Ricard*, *tom.* 2, *des substitut. part.* 1, *chap.* 6, *n.* 165.

Il faut cependant prendre garde qu'attendu que ladite Ordonnance ne parle que de la substitution fidéicommissaire, sa disposition ne s'applique pas à la substitution vulgaire, qui n'est faite au contraire que pour suppléer à l'institution qui vient à manquer, ni à la pupillaire, qui est aussi bien que la vulgaire une substitution directe, & dans lesquelles par conséquent la caducité de l'institution ne sauroit emporter celle de la substitution, ni même à la substitution compendieuse, parce que c'est une substitution qui est tout à la fois directe & oblique, & qui se trouvant conçue en termes directs, ayant trait de tems au-delà de la puberté du grévé, renferme & comprend tout à la fois la fidéicommissaire, la vulgaire, & même la pupillaire, quand elle est faite sur la tête d'un enfant pupille, ainsi que nous l'avons remarqué ailleurs : de sorte que dans la substitution compendieuse, la caducité de l'institution n'entraîne pas celle de ladite substitution, qui devient alors une substitution vulgaire, & *Henrys*, *tom.* 1, *liv.* 5, *quæst.* 22, *de l'édition de* 1708, où il parle d'une substitution compendieuse, n'y fait en effet aucune difficulté.

Liberum

Liberum est, vel purè, vel sub conditione, relinquere fideicommissum, vel ex certo die.

C'est principalement par rapport à la transmission qu'il importe d'examiner, quand est-ce qu'un fidéicommis ou un légat est pur ou conditionnel : nous avons déja donné sur le §. 31, *suprà de legatis*, quelques regles pour le connoître, il suffit d'ajouter que ce qu'on appelle transmission, n'est autre chose que le droit de transmettre en mourant à ses successeurs (car la chose est assez aisée à entendre) un legs ou un fidéicommis, ou de leur en transmettre même simplement l'espérance.

Les fidéicommis ou legs qui sont laissés purement, sans terme ni condition, étant acquis au fidéicommissaire ou légataire dès le moment de la mort du testateur, *Leg.* 21, *in princip. ff. quando dies legat. ced. Leg. unic.* §. 1 & 5, *cod. de caducis tollendis*, il s'ensuit que quoique le substitué vienne à décéder peu après le testateur, avant de les avoir reçus ou même demandés, il en transmet néanmoins le droit & l'utilité à ses héritiers ou successeurs, qui sont fondés à en demander la délivrance, *Leg.* 5, *ff. quando dies legat. ced. Leg.* 3, *cod. eodem.*

Lorsque le fidéicommis ou légat est fait au contraire sous quelque condition, il n'est dû, & le droit n'en est acquis au substitué ou légataire que lorsque la condition arrive, *Leg.* 5, §. 2, *ff. quando dies legat.* de sorte que si le substitué meurt avant l'événement de la condition, il ne transmet aucun droit à ses héritiers, le légat ou fidéicommis devient caduc & de nul effet par son prédécès, & il demeure acquis à l'héritier institué, *Leg.* 81, *ff. de acquir. vel omitt. hæred.*

Il en est de même, lorsque le legs ou fidéicommis est fait ou laissé à jour ou terme incertain, comme, par exemple, après la mort de celui qui en est chargé, ou lorsqu'il mourra, parce que *dies incertus conditionem in testamento facit*, comme dit la Loi 75, *ff. de condition. & demonst.* ainsi le légataire ou le substitué qui décede avant le terme ou jour incertain, ne transmet non plus aucun droit à ses héritiers, & le legs ou fidéicommis devient encore caduc dans ce cas, *Leg.* 21, *ff. quando dies legat. Leg. unic.* §. 7, *cod. de caduc. tollend.* à moins qu'il ne fût question d'un fidéicommis, soit conditionnel, soit à terme ou jour incertain, dû en vertu d'un contrat ; car alors, quoique le substitué meure avant ledit terme ou condition, il ne laisse pas que de transmettre son droit à ses successeurs, *quia ex conditionali stipulatione spes est debitum iri, eamque spem in hæredem transmittimus*, §. 4, *Instit. de verbor. oblig.*

Mais si le legs ou fidéicommis est laissé à un jour ou terme fixe & déterminé, comme, par exemple, pour être payé ou rendu lorsque le substitué ou légataire aura atteint vingt-cinq ans ; en ce cas le fidéicommis ou legs, est ouvert d'abord après le décès du testateur, étant regardé comme

pur & ſimple, parce qu'il l'eſt en effet, & il ſuffit que le ſubſtitué ſurvive au teſtateur : car quoiqu'il meure avant l'héritier & avant le terme auquel le legs ou le fidéicommis devoit lui être reſtitué, il eſt clair que le droit lui en étoit déja acquis, & étoit ouvert avant ſon décès, n'y ayant que le tems de la reſtitution qui fût différé ; enſorte que ce ſubſtitué ou légataire prémourant tranſmet néanmoins ſon droit à ſes ſucceſſeurs ou héritiers, qui ne peuvent demander pourtant le légat ou les biens ſubſtitués qu'au tems où le fidéicommiſſaire, s'il eût vecu, auroit pu les demander lui-même. *Vid. Leg.* 36, §. 1, *ff. de condition. & demonſt. Catellan, liv.* 2, *chap.* 81, *& chap.* 94.

S'il paroît même clairement que le terme ou délai n'ait été appoſé qu'en faveur du légataire ou du ſubſtitué lui ſeul, & non de l'héritier, comme, par exemple, dans le cas d'une ſubſtitution fiduciaire, les ſucceſſeurs de l'enfant prédécédé peuvent demander les biens, ſans attendre le tems marqué auquel la reſtitution devoit s'en faire ; & il en eſt de même, lorſque le délai n'avoit été appoſé que pour une certaine cauſe qui a ceſſé.

Nous pouvons remarquer en paſſant qu'on reconnoît l'héritier fiduciaire, qui n'eſt proprement qu'un ſimple dépoſitaire des biens, à ces deux ou trois circonſtances : ſavoir, s'il eſt étranger ou collatéral, & le ſubſtitué deſcendant du teſtateur, s'il eſt chargé de rendre, non à ſa mort, (car ce ſeroit alors un fidéicommis conditionnel, *Leg.* 1, §. 2, *ff. de condition. & demonſt. Maynard, liv.* 5, *chap.* 85 ;) mais à un tems ou âge fixe & certain, pendant lequel il y auroit à craindre que le ſubſtitué ne diſſipât les biens, ou ne fût pas les adminiſtrer à cauſe de ſon bas âge ; & enfin s'il eſt chargé de rendre l'hérédité ſans détraction de quarte ; ſur quoi on peut voir *Maynard, dict. loc. Cambolas, liv.* 4, *chap.* 15.

Mais pour revenir aux fidéicommis conditionnels ou à jour incertain, il faut ſavoir qu'on avoit toujours jugé dans le Reſſort du Parlemen de Toulouſe que la tranſmiſſion de ces fidéicommis laiſſés par teſtament avoit néanmoins lieu, contre la rigueur du Droit, en faveur des enfans du ſubſtitué prédécédé deſcendans du teſtateur, c'eſt-à-dire, en ligne directe & à l'infini : ce que la Juriſprudence des Arrêts avoit introduit par une équité naturelle pour exclure les étrangers, afin de conſerver les biens dans les familles, & de faire paſſer aux enfans une hérédité qui leur auroit appartenu vraiſemblablement, ſi leur pere avoit vécu ; cela fondé d'ailleurs ſur la volonté préſumée du teſtateur, lequel, s'il avoit prévu le cas, auroit lui-même préféré ſes deſcendans à un étranger, & rien n'étoit plus favorable : ainſi, par exemple, un pere ayant inſtitué héritier ſon fils aîné, & au cas de décès ſans enfans lui ayant ſubſtitué ſon fils puîné, quoique ce fils puîné vînt à mourir avant l'aîné, néanmoins les enfans de ce puîné, lorſque le cas de la mort de leur oncle ſans enfans arrivoit, étoient en droit de demander la ſubſtitution à laquelle leur pere étoit appellé & dont il leur avoit

transmis l'espérance en mourant, & ils excluoient tant les héritiers étrangers que leur oncle pouvoit avoir substitué en mourant, que le second substitué, s'il y en avoit.

On exceptoit pourtant le cas où les enfans du substitué descendans du testateur avoient à disputer le fidéicommis contre un autre descendant, autant ou plus favorables qu'eux, & appellé de son chef propre à la substitution, comme auroit été un oncle ou une tante desdits enfans ; par exemple, un pere ayant trois enfans, Pierre, Jacques & Jean, les instituoit ses héritiers, & les substituoit réciproquement les uns aux autres au cas de décès sans enfans ; Jacques mouroit le premier laissant des enfans, Pierre mouroit ensuite sans enfans, Jean recueilloit seul la substitution des biens de Pierre, à l'exclusion des enfans de Jacques, parce que Jean étoit appellé de son chef, & étoit encore plus favorable que ses neveux qui n'étoient appellés que par la transmission, à moins que lesdits neveux ne se trouvassent eux-mêmes nommément appellés au fidéicommis, comme s'ils avoient été dans la condition avec la qualification de mâle, ou dans la condition redoublée, *si sine liberis & liberi sine liberis.* Voyez *Maynard, liv. 5, chap. 33, & suiv. La Roche & Graverol, liv. 4, titr. 6 ; Dolive, liv. 5, chapitre 23 ; Catellan, livre 2, chapitre 71 & 72 ; Boutaric, Instit. page 346.*

On jugeoit au surplus que le droit de transmission appelloit par égales parts à la substitution tous les enfans du substitué prédécédé qui survivoient à l'héritier, & cela *jure suitatis*, & soit qu'ils fussent héritiers de leur pere, ou qu'ils ne le fussent pas ; ensorte qu'il ne dépendoit pas de l'héritier grévé d'élire au fidéicommis un de ces enfans à l'exclusion des autres. *Catellan, liv. 2, chap. 26 ; Boutaric, Instit. pag. 347.*

On jugeoit cependant que la transmission de transmission, c'est-à-dire, la double transmission, n'avoit point lieu, ensorte qu'elle ne pouvoit pas servir à un descendant contre un autre descendant plus proche & qui avoit déja recueilli l'espérance du fidéicommis : par exemple, un pere instituoit son fils aîné, & au cas de décès sans enfans lui substituoit son fils cadet, celui-ci prédécédoit laissant deux enfans appellés Jean & Pierre, Jean décédoit ensuite laissant un fils ; ce fils ne recueilloit pas conjointement avec Piere le fidéicommis dont le fils aîné du testateur étoit chargé, mais Pierre le recueilloit lui seul, parce que cet enfant de Jean ne pouvoit venir que par la double transmission, & que ç'auroit été accumuler privilege sur privilege : néanmoins on admettoit la double transmission, quand il étoit question d'un héritier étranger. *Catellan, liv. 2, chap. 73 ; Boutaric, dict. loc.*

Mais tout cela a été abrogé & changé par l'Ordonnance des Substitutions de 1747, titr. 1, art. 20, qui en se conformant à la pureté du Droit, veut que la transmission du fidéicommis conditionnel n'ait plus lieu même en ligne directe ; ce qui néanmoins, ainsi que nous l'avons indiqué ci-devant, ne

ſauroit s'appliquer aux fidéicommis conditionnels ou à jour incertain laiſſés par contrat, ni aux fidéicommis purs & ſimples ou laiſſés pour être rendus à un jour, terme, ou âge fixe & certain, ni aux ſubſtitutions fiduciaires; parce qu'en effet le ſubſtitué fiduciaire eſt héritier pur & ſimple, & que ſon droit eſt ouvert dès la mort du teſtateur.

La même Ordonnance, titr. 1, art. 19, a abrogé tous les fidéicommis tacites & préſumés, ou par conjectures, en ordonnant que les enfans qui ne ſeront pas appellés expreſſément, mais qui ſeront ſeulement mis dans la condition, *ſi ſine liberis*, ſans être chargés de reſtituer à d'autres, ne ſeront en aucun cas regardés comme étant dans la diſpoſition, encore qu'ils ſoient dans la condition en qualité de mâles, ou que la condition ſoit redoublée, que les grévés ſoient chargés de porter le nom & armes du ſubſtituant, qu'il y ait prohibition d'aliéner ou de détraire la quarte trébellianique, &c. ainſi cette Ordonnance a changé la Juriſprudence atteſtée par *Catellan*, *liv.* 2, *chap.* 62; ſuivant laquelle on jugeoit que Pierre, par exemple, ayant été chargé, au cas qu'il décédât ſans enfans mâles, de rendre les biens à Jean, les enfans mâles de Pierre étoient appellés de leur chef à la ſubſtitution, & étoient dans la diſpoſition; enſorte qu'il y avoit un fidéicommis en leur faveur: comme auſſi que les enfans étoient diſpoſitivement appellés, quand ils étoient mis dans la condition reboublée, comme, par exemple, lorſqu'il étoit dit, *ſi Pierre mon héritier décede ſans enfans, & ſes enfans ſans enfans, je lui ſubſtitue Jean*; car alors les enfans de Pierre étoient préſumés ſubſtitués à leur pere, & il n'y avoit que les petits-fils qui fuſſent dans la ſimple condition: ſur quoi l'on avoit formé cette maxime, que *liberi in conditione poſiti ſunt in diſpoſitione, ſi ſint in reduplicativâ, vel ſub nomine maſculorum.* Voyez *Catellan*, *liv.* 2, *chap.* 62 *&* 75; *& Boutaric*, *Inſtit. pag.* 345.

Suivant cette Ordonnance, les enfans mis dans la condition ne ſont donc jamais diſpoſitivement appelés au fidéicommis, que lorſqu'ils ſon chargés de rendre à d'autres perſonnes; & c'eſt auſſi la doctrine de *Ricard*, *traité des ſubſtitutions*, *chap.* 8, *ſect.* 1, *n.* 474; mais pour cela il ſuffit, par exemple, qu'il ſoit dit, *j'inſtitue Pierre, & au cas qu'il décede ſans enfans, ou ſes enfans ſans enfans, je* leur *ſubſtitue Jean.*

On doit au ſurplus obſerver que lorſqu'un deſcendant eſt chargé par un aſcendant de rendre à ſa mort l'hérédité par un fidéicommis univerſel, ou ce qu'il a reçu du teſtateur, cela ne s'entend jamais qu'au cas que ce deſcendant vienne à mourir ſans enfans, & même ſans enfans légitimes & capables des effets civils; enſorte que dans les ſubſtitutions faites par un aſcendant on y ſupplée toujours la condition du décès du grévé ſans enfans, *ne videatur teſtator alienas ſucceſſiones propriis anteponere*, ſuivant la Loi 102, *ff. de condit. & demonſt. Leg.* 6, *cod. de inſtit. & ſubſtit. Leg.* 30, *cod. de fideicommiſſ.* mais il en eſt autrement, quand l'auteur de la ſubſti-

tution

tution eſt un étranger ou un collatéral, & on n'y ſupplée pas alors la condition du décès ſans enfans, ſi elle ne ſe trouve pas exprimée. *Vid. Maynard, liv.* 5, *chap.* 83 *&* 84.

J'ai dit, *ſans enfans légitimes & capables des effets civils*; parce qu'en effet dans les ſubſtitutions faites ſous la condition, *ſi ſine liberis*, ſoit expreſſe, ſoit ſuppléée par la Loi, les enfans naturels, même légitimés par reſcrit du Prince, ne font pas défaillir le fidéicommis, & n'excluent pas le ſubſtitué, quoiqu'il en ſoit autrement de ceux qui ont été légitimés par le mariage ſubſéquent de leur pere & mere, *La Roche & Graverol, liv.* 6, *titr.* 11, *art.* 1 *&* 2; *Catellan, liv.* 2, *chap.* 95, & il faut encore qu'au jour de la mort de l'héritier grévé, ſes enfans ne ſoient pas mort civilement, c'eſt-à-dire, incapables des effets civils par la Profeſſion Religieuſe, ou par la condamnation pour crime ou pour quelqu'autre choſe; tout cela eſt conforme à l'art. 23, du titre 1, de l'Ordonnance de 1747 concernant les Subſtitutions.

Au reſte, dans le cas de la condition, *ſi ſine liberis*, ſoit expreſſe, ou ſuppléée, il faut attendre toujours la mort de celui qui eſt grévé de rendre, quand même il ſeroit venu en un âge avancé où il ne ſauroit avoir des enfans, ou qu'il ſe ſeroit fait Prêtre, &c.

§. 7. *Liceat ei quartam, vel quod deeſt, auctoritate noſtrâ retinere, &c.*

Il eſt ici parlé de la quarte appellée trébellianique, que l'héritier grévé de rendre l'hérédité en tout ou en partie eſt en droit de prendre ou de retenir ſur le fidéicommis dont il eſt chargé, lorſque le cas de la ſubſtitution arrive : nous en avons déja dit quelque choſe ci-devant ſur le Titre *de Lege Falcidiâ*, où nous avons obſervé que la quarte trébellianique peut être prohibée même tacitement par le teſtateur à ſes héritiers étrangers, mais qu'à l'égard des deſcendans ou aſcendans grévés de rendre, il ne peut la leur prohiber qu'en termes exprès; comme auſſi qu'on accorde aux deſcendans & aſcendans de prendre tout enſemble la trébellianique outre leur légitime, le tout ſuivant les articles 56 & 60 de l'Ordonnance de 1735; que la trébellianique ſe prend tout comme la falcidie ſur la valeur des biens de l'hérédité, eu égard au tems du décès du teſtateur; qu'il faut être chargé *tanquam hæres* pour pouvoir faire la détraction de la trébellianique auſſi bien que de la falcidie; & qu'enfin la trébellianique, tout comme la falcidie, eſt diminuée par les dettes paſſives & par les fraix funéraires qui doivent être prélevés & diſtraits avant toute œuvres, de même que les légitimes, ſi on ne veut pas que ces quartes ſoient d'autant diminueés.

Nous ajouterons maintenant que les enfans qui tiennent le premier degré, ſont exempts d'imputer ſur leur trébellianique les fruits par eux perçus avant l'échéance du fidéicommis dont il étoient chargés, & c'eſt un privilege particulier qui leur eſt accordé par la Loi *jubemus, cod. ad Senat.*

Trebellian. mais hors de-là tout héritier grévé, *qui non eſt de liberis primi gradûs*, eſt tenu d'imputer les fruits en ſa quarte trébellianique, fût-ce même un aſcendant, & à plus forte raiſon un étranger. *Vid. Maynard, liv.* 5, *chap.* 47; *Cambolas, liv.* 1, *chap.* 8; *Ferrieres, in quæſt* 51 *de Guypap. Catellan, liv.* 2, *chap.* 30; en ſorte qu'à leur égard elle ſe conſume même entierement par une jouiſſance de dix années, *arg. Leg.* 8, §. 11, *ff. de inoff. teſtam. & Leg.* 22, §. 2, *ff. ad Trebellian.* & elle s'ébréche auſſi & ſe diminue à leur égard par une moindre jouiſſance & à proportion du tems qu'ils ont joui, *Catellan, liv.* 2, *chap.* 29; comme il a été jugé encore par un Arrêt du Parlement de Toulouſe du 19 août 1702, rendu au rapport de M. Deygua, lors duquel l'héritier grévé fut condamné d'imputer les fruits de cinq années pour la moitié de ſa quarte; mais cette imputation n'a jamais lieu quant aux fruits qui ont été perçus par l'héritier grévé depuis l'échéance du fidéicommis; *quia non judicio defuncti, ſed negligentiâ petentis percepti ſunt. Dict. Leg.* 22, §. 2, *ff. ad Trebellian. Catellan, ibid.*

Il en eſt de même de la falcidie, ſur laquelle l'héritier doit imputer les fruits qu'il a perçus des legs conditionnels dont il étoit chargé, depuis le décès du teſtateur juſqu'à l'événement de la condition, ſuivant la Loi 88, §. 3, *ff. ad Legem Falcid.* car quant aux fruits pendans & prêts à cueillir lors du décès du teſtateur, ou qui avoient été par lui coupés & ſéparés du fonds avant ſa mort, ils ne font qu'augmenter l'hérédité, ils ſont compris au fidéicommis & le groſſiſſent, & on ne ſauroit donc obliger l'héritier de les imputer ſur ſa falcidie ni ſur ſa trébellianique. *Leg.* 9, *ff. ad Legem Falcid. Maynard, liv.* 5, *chap.* 65.

Il ſuffit d'ajouter que quoique l'héritier ne ſoit tenu d'imputer en la falcidie que ce qu'il reçoit du défunt par titre héréditaire, & non ce qui lui a été laiſſé à titre de legs ou de fidéicommis, il eſt autrement de la quarte trébellianique ſur laquelle il eſt obligé d'imputer tout ce qu'il reçoit, ſoit par titre héréditaire, ſoit par titre de legs ou de fidéicommis particulier, *Leg.* 91, *ff. ad Legem Falcid.* on peut en voir les raiſons dans *Deſpeiſſes, tom.* 2, *pag.* 349, 359 & 360; mais comme l'héritier n'eſt pas tenu d'imputer en la falcidie les donations entre-vifs à lui faites, ainſi que nous l'avons dit ailleurs, il n'eſt pas obligé de les imputer non plus en la trébellianique, parce qu'elles ſont *extrà cauſam teſtamenti*, ſuivant la Loi *pater* 14, *ff. ad Legem. Falcid.*

Pro ratâ portione actionibus tam in hæredem quàm in fideicommiſſarium competentibus.

Il eſt ſans difficulté que l'héritier grévé prenant pour ſa quarte trébellianique le quart de l'hérédité, il doit être tenu à proportion de ſadite quarte au payement des dettes paſſives de l'hérédité, des frais funébres & des lé-

gitimes, s'il y en a, lorsque ces choses n'ont pas été distraite & prélevées avant tout œuvres; car si on en avoit fait préalablement la distraction, il est évident qu'il n'y contribueroit pas.

Mais il n'en est pas de même des légats; car ce n'est jamais à l'héritier grévé de les payer, ni d'y contribuer, & ils doivent pourtant être payés en entier par le fidéicommissaire : ainsi l'on juge constamment que la quarte trébellianique doit être prise en entier par l'héritier grévé sur le fidéicommis universel, y compris les légats, sans néanmoins les diminuer, & sans distinguer si le fidéicommis est pur, ou bien conditionnel, c'est-à-dire, que la trébellianique se regle sur le total sans toucher aux légats & sans les distraire, parce que la charge de les payer regarde en seul le fidéicommissaire; de sorte que lorsque lors même que l'héritier grévé a payé les légats à la décharge du fidéicommis, il doit pourtant en les restituant retenir le quart de l'hérédité, y compris lesdits légats, parce qu'autrement il supporteroit un quart desdits legs, auxquels néanmoins il n'est pas obligé de contribuer. *Vid. Ferrieres, in quæst.* 296 *de Guypap. Maynard, liv.* 5, *chap.* 48; *Cambolas, liv.* 1, *chap.* 6; *Duperier, liv.* 1, *quest.* 1.

Du reste, par la restitution que l'héritier fait de l'hérédité, les actions passent & sont transférées de plein droit au fidéicommissaire, comme il est dit dans ce paragraphe, & c'est contre celui-ci que les créanciers héréditaires doivent par conséquent agir après cette restitution & diriger leurs demandes; cependant pour ce qui est des intérêts qui ont couru sur la tête de l'héritier grévé avant la remise du fidéicommis, on laisse la liberté & le choix aux créanciers d'agir aussi bien contre l'héritier grévé que contre le substitué, parce que les biens lui sont délaissés avec leurs charges, *Leg.* 58, §. 2, *ff. ad Trebellian.* sauf au substitué son récours contre ledit héritier grévé. *Vid. Dolive, livre* 5, *chapitre* 13; *Catellan, livre* 2, *chapitre* 91.

§. 9. *Si quis unâ aliquâ re deductâ sive præceptâ quæ quartam continet, veluti fundo, vel aliâ re, rogatus sit restituere hæreditatem, &c.*

Quoiqu'on puisse induire de ce texte que si la somme ou le fonds que le testateur a permis à l'héritier grévé de retenir, n'équipolle pas à la valeur de sa trébellianique, il puisse en demander le surplus, & que cela soit ainsi décidé par *Vinnius* en cet endroit; nous avons néanmoins remarqué déja sur le Titre *de Lege Falcidiâ*, qu'on juge au contraire à l'égard des héritiers étrangers, que la permission qui leur a été donnée de retenir une somme ou un effet, vaut une prohibition tacite de leur quarte, ou de ce qui manqueroit pour la remplir.

Du reste, il faut faire attention à ce qui est dit dans ce paragraphe, savoir, que la somme ou effet qu'il a été permis à l'héritier grévé de prélever ou de retenir, lui demeurent acquis comme un légat, & exempts

parconſéquent des charges héréditaires, quand même cet effet vaudroit plus de la moitié de l'hérédité; mais *Vinnius* reſtraint cela avec raiſon, au cas où ce qui reſte pour le ſubſtitué, ſeroit ſuffiſant pour le payement des charges, ſans quoi cet héritier lui-même y ſeroit ſubſidiairement reçu.

On a demandé au ſurplus ſi le prélégat qui a été fait par un teſtateur à ſon héritier chargé d'un fidéicommis de l'entiere hérédité ſans détraction de quarte, eſt ſujet à reſtitution, c'eſt-à-dire, s'il doit être compris dans le fidéicommis; & les Arrêts ont jugé que ſi le prélegs précéde la ſubſtitution, il doit y être compris, & même quand il ne ſe trouveroit fait qu'après la ſubſtitution, s'il ne paroît que le teſtateur l'a voulu autrement, comme quand il a prélégué à l'héritier une telle choſe pour en diſpoſer à ſes plaiſirs & volontés : ainſi cette matiere dépend des conjectures & des circonſtances, *Vid. Cambolas, livre* 6, *chapitre* 27 *&* 28; *Catellan, livre* 2, *chapitre* 78.

Secum deliberare debet is cui reſtituitur hæreditas, an expediat ſibi reſtitui.

Quelquefois il n'eſt pas avantageux au fidéicommiſſaire d'accepter tout d'abord le fidéicommis qui lui eſt reſtitué, comme, par exemple, quand l'héritier grévé a manqué de faire inventaire : il eſt vrai que ſuivant *Ferrieres, in quæſt.* 571 *de Guypap.* l'inventaire fait par l'héritier grévé ſert ſans contredit au ſubſtitué, de même que l'inventaire fait par le tuteur ſert au pupille, enſorte qu'ils peuvent ſe porter pour héritiers ſous le bénéfice de cet inventaire; mais cet Auteur ajoute que ſi l'héritier grévé n'a pas fait d'inventaire, le fidéicommiſſaire doit y faire procéder dans le tems de droit, à compter du jour que l'hérédité lui a été reſtituée, ſans quoi il eſt tenu indéfiniment envers les créanciers & les légataires: ce qu'l faut entendre d'un fidéicommiſſaire, qui, ſans avoir fait l'inventaire dont parle cet auteur, auroit accepté l'hérédité, ou s'y ſeroit immiſcé; & cela ſuppoſe auſſi qu'avant l'acceptation ou l'immixtion le ſubſtitué peut jouir du délai de droit pour faire ledit inventaire.

Il n'en eſt pas tout-à-fait de même dans le cas de l'acceptation faite ſur la répudiation : car on peut obſerver que par un Arrêt du Parlement de Toulouſe du 5 ſeptembre 1744, il a été jugé contre le ſieur François Riviere de Giſcaro, qu'ayant accepté l'hérédité de ſon pere ſur la répudiation de Jacques ſon frere qui n'avoit pas fait d'inventaire & qui avoit gardé cette hérédité pendant pluſieurs années, il devoit être regardé comme héritier pur & ſimple : ledit François de Giſcaro prétendoit devoir être reçu au bénéfice d'inventaire, à compter du jour de la répudiation de ſon frere, comme n'ayant pu le faire plutôt; mais on jugea qu'on ne pouvoit pas étendr le délai de trois mois porté par l'Ordonnance, & que c'étoit l'affaire de celui qui acceptoit une hérédité répudiée, de ſe conſulter & d'examiner,

miner, ſi, quoique le premier héritier n'eût pas fait inventaire, il lui convenoit d'accepter & de ſe porter pour héritier.

L'Ordonnance concernant les Subſtitutions du mois d'août 1747, titr. 2, art. 2, & ſuiv. après le terme de trois mois dans lequel le grévé a manqué de faire l'inventaire, accorde au ſubſtitué un mois de délai pour y faire procéder lui-même; mais il paroit qu'elle ne parle que d'un inventaire à faire pour la conſervation des effets au profit du ſubſtitué.

§. 10. *Prætereà inteſtatus quoqué moriturus poteſt rogare.*

On peut, ainſi qu'il eſt dit dans ce texte, par un codicile ou même par la clauſe codicillaire inſérée dans un teſtament qui ne peut pas valoir comme tel, charger ſes héritiers ou ſucceſſeurs *ab inteſtat* d'un fidéicommis; & en effet par le moyen de la clauſe codicillaire contenue dans un teſtament qui ne peut valoir comme teſtament à cauſe de quelque défaut de formalité, on le fait valoir comme codicile, pourvu toutefois qu'il y ait les formalités & le nombre de témoins requis pour les codiciles; enſorte que les ſucceſſeurs légitimes ſont cenſés chargés, en vertu de cette clauſe, de rendre l'hérédité ſans délai à l'héritier inſtitué dans le teſtament, en retenant cependant la quarte trébellianique à leur profit, ſi elle n'a pas été prohibée: car elle peut même être prohibée par un codicile, ainſi que nous l'avons dit ailleurs; c'eſt ce que l'on dit communément, que *clauſula dodicillaris facit codicillos ab inteſtato*: ſur quoi on peut voir *Guypape & ſes Commentateurs*, *queſt.* 323; *Maynard*, *livre* 5, *chapitre* 11; *Dolive*, *livre* 3, *chapitre* 8.

Du reſte, la clauſe codicillaire peut être appoſée & miſe dans toute ſorte de teſtamens, ſoit nuncupatifs écrits, ou myſtiques & ſolemnels; & dans ceux-ci il n'eſt pas même néceſſaire de l'exprimer dans l'acte du ſuſcription, il ſuffit qu'elle ſoit écrite dans le corps du teſtament. *Duperier*, *liv.* 1, *queſtion derniere.*

Mais ſi la clauſe codicillaire n'eſt pas inſérée dans le teſtament, ou du moins dans l'acte de ſuſcription des teſtamens clos, on ne la ſupplée pas, cette clauſe n'étant pas regardée comme une clauſe de ſtyle, *Leg.* 1, *ff. de jure codicillor. Leg. ult. cod. eodem*, non pas même dans les teſtamens faits en tems de peſte, *Catellan*, *liv.* 2, *chap.* 53.

Par la Loi derniere, *cod. de codicillis*, l'héritier inſtitué dans un teſtament contenant la clauſe codicillaire avoit le choix d'agir & de le faire valoir, ou comme un teſtament, ou ſimplement comme codicile, de façon pourtant qu'ayant choiſi l'une de ces deux voies, il ne pouvoit plus recourir à l'autre, ſi ce n'eſt que cet héritier fût un des deſcendans ou aſcendans juſqu'au quatrieme degré. Cette Loi n'étoit pas obſervée, comme on l'apprend dans *Maynard*, *livre* 5, *chapitre* 8; mais l'Ordonnance des Teſtamens de 1735, art. 67, a rétabli en partie la diſpoſition de cette Loi: car

elle veut que si l'héritier n'a agi dès le commencement qu'en vertu de la clause codicillaire, il ne puisse plus faire valoir la disposition comme testament, sans distinguer si cet héritier est un étranger, ou non, parce qu'en cela il a consenti que les successeurs légitimes demeurassent saisis des biens; au lieu que si l'héritier a d'abord agi en vertu du testament, elle lui permet de se servir ensuite de la clause codicillaire pour faire valoir la disposition en vertu de ladite clause.

Avant ladit Ordonnance de 1735, quoiqu'on jugeât que le légitimaire qui avoit été institué héritier par un testament & chargé de fidéicommis à jour incertain ou sans condition, pouvoit détraire sa légitime & en outre la trébellianique sur le fidéicommis, lorsqu'il le restituoit, ainsi que je l'ai remarqué sur le Titre *de Lege Falcid.* cependant on jugeoit tout le contraire, lorsqu'il se trouvoit grévé de rendre en vertu de la clause codicillaire, c'est-à-dire, qu'on jugeoit qu'un testament défectueux n'étant soutenu que par la clause codicillaire, & les successeurs légitimes se trouvant être eux-mêmes les légitimaires, ils ne pouvoient pas prendre outre leur légitime la quarte trébellianique, par cette raison que le fidéicommis dont ils se trouvoient chargés en vertu de ladite clause codicillaire, étoit pur & sans condition, qu'ils étoient chargés de rendre sans délai ni trait de tems, & qu'on regardoit comme injuste de pouvoir prendre *eodem tempore* deux quartes : au lieu qu'on n'y trouvoit pas d'injustice, quand le fidéicommis étoit conditionnel ou laissé à jour incertain, parce que le légitimaire prenoit alors sa légitime lors du décès du testateur, & la trébellianique au tems marqué pour la restitution du fidéicommis : c'est ce qu'on peut voir dans *Maynard, liv.* 5, *chap.* 47; *Cambolas, liv.* 3, *chap.* 31, *in princip. Fernand, ad Leg. in quartam, præfat.* 5, *n.* 3, *pag.* 319; *Ferrieres, ad trebellian. cap.* 6; *Boutaric, Instit. pag.* 351.

On donnoit seulement au légitimaire grévé de rendre en vertu de la clause codicillaire, le choix de prendre celle de deux quartes, légitime ou trébellianique, qu'il trouvoit à propos; encore même les derniers Arrêts avoient jugé que le légitimaire devoit être réduit à la seule légitime sans aucune option. *Vid. Dolive, liv.* 3, *chap.* 8, *in fine. Boutaric, ibid.*

Mais il ne peut plus être question aujourd'hui de tout cela, ni de faire aucune distinction entre les fidéicommis pur & sans délai ou les conditionnels, d'autant mieux que cette distinction est rejettée même par *Cujas* & par *Fachineus*, comme *Henrys* l'a remarqué, *tom.* 2, *liv.* 5, *quest.* 25, *de l'édit. de* 1708; car l'Ordonnance de 1735, art. 56 & 57, concernant les Testamens, l'a par exprès condamnée, & a changé la Jurisprudence antérieure, en voulant indirectement que dans tous les cas, même dans celui où le testament contient la clause codicillaire, & que l'institution est sans effet, à cause de quelque défaut de solemnité, ou à cause de la caducité de ladite institution, les héritiers *ab intestat* ayant droit de légitime,

puiſſent toujours détraire les quartes falcidie & trébellianique ſur tous les biens du teſtateur, & retenir en outre leur légitime.

§. 11. *Eum quoquè cui aliquid reſtituitur, poteſt rogare, ut id rurſùm alii aut totum aut partem reſtituat.*

Par l'ancien droit Romain les ſubſtitutions fidéicommiſſaires pouvoient être faites à l'infini & à perpétuité, *Leg.* 88, §. 15, *ff. de legat.* 2°. & l'Empereur Juſtinien par ſa Novelle 159 les reſtraignit à quatre degrés ou générations.

Parmi nous l'Ordonnance d'Orléans du mois de janvier 1560, art. 59, défendit aux Juges d'avoir aucun égard aux ſubſtitutions qui ſeroient faites par teſtament ou par contrat, outre le deuxieme degré, l'inſtitution ou premiere diſpoſition non compriſe, les déclarant nulles & de nul effet : ſur quoi le Parlement de Toulouſe fit au Roi des Remontrances qui ne produiſirent pas beaucoup d'effet, puiſque par l'Ordonnance de Moulins rendue enſuite en l'année 1566, art. 57, il fut ſeulement ſtatué qu'à l'égard des ſubſtitutions faites avant l'Ordonnance d'Orléans, & deſquelles le droit n'étoit pas encore échu, elles ſeroient valables juſqu'au quatrieme degré inclus, l'inſtitution non compriſe,

Cependant quoique cette derniere Ordonnance ne regardât que les ſubſtitutions faites avant l'Ordonnance d'Orléans, le Parlement de Toulouſe l'interpréta autrement, en confondant les ſubſtitutions antérieures à l'Ordonnance d'Orléans, avec celles faites depuis cette Ordonnance : car on y avoit toujours jugé juſqu'à préſent qu'il étoit permis de faire juſqu'à quatre degrés de ſubſtitution, outre l'inſtitution, ou premiere diſpoſition conformément à ladite Novelle 159. *Vid. Dolive, liv.* 5, *chap.* 10; *Catellan, livre* 2, *chap.* 74.

Dans preſque tous les autres Parlemens on s'en étoit tenu à l'Ordonnance d'Orléans, en bornant les ſubſtitutions faites depuis ladite Ordonnance à deux degrés, par le motif même inféré dans cette Ordonnance, pris de ce que les ſubſtitutions par leur durée cauſent un nombre infini de procés, & font d'ailleurs obſtacle à la liberté du commerce.

Mais l'Ordonnance concernant les ſubſtitutions du mois d'août 1747, tit. 1, art. 30, & ſuiv. a condamné la Juriſprudence du Parlement de Toulouſe, & pour la rendre uniforme à celle des autres Tribunaux, a ordonné de plus fort l'exécution de l'Ordonnance d'Orléans, & qu'en conſéquence toutes les ſubſtitutions faites, ſoit par contrat, ou par diſpoſition à cauſe de mort, en quelques termes qu'elles ſoient conçues, ne pouront s'étendre au-delà de deux degrés de ſubſtitués, outre celui qui aura le premier recueilli les biens du donnateur ou du teſtateur; ce qui abroge par conſéquent en même tems les ſubſtitutions qu'on appelloit graduelles & perpétuelles, & rend inutiles les conjectures que les Auteurs avoient imaginés pour en induire ou faire préſumer ces ſortes de ſubſtitutions, ſavoir, la nobleſſe &

la coutume de la famille, la gémination des degrés, la prohibition d'aliéner & de diſtraire la quarte, l'injonction de porter le nom & armes, & autres dont il eſt parlé dans *Cujas*, *conſil.* 35, & dans *Du Moulin*, *conſil.* 7.

Bien plus la même Ordonnance de 1747, titr. 1, art. 33 & 34, a ordonné que les degrés de ſubſtitutions ſeroient comptés par têtes, & non par ſouches ou générations, de telle maniere que chaque perſonne ſoit comptée pour un degré; & cela a changé encore la Juriſprudence du Parlement de Toulouſe : car quoique l'Ordonnance de Louis XIII. de 1629, art. 124, eût ordonné la computation des degrés par têtes, enſorte que chacun des ſubſtitués qui avoit appréhendé & recueilli le fidéicommis, dût faire un degré, ſinon que pluſieurs euſſent ſuccédé en concurrence comme une ſeule tête, & quoiqu'on le jugeat ainſi dans la plûpart des Parlemens du Royaume, néanmoins comme le Parlement de Toulouſe n'avoit enrégiſtré cette Ordonnance quant audit article qu'avec la modification que le Roi ſeroit ſupplié de permettre que l'uſage contraire reçu en ce Parlement y fût gardé, on y avoit toujours compté juſqu'à préſent les degrés de fidéicommis par ſouches & générations, de façon que pluſieurs freres, par exemple, ayant recueilli ſucceſſivement la ſucceſſion par le décès ſans enfans les uns des autres, n'étoient comptés que pour un ſeul degré : on y exceptoit ſeulement le cas où la ſucceſſion ſe faiſoit par interruption de degrés, *& per medios nepotes*, de ſorte, par exemple, que quand un homme inſtituoit ſon fils aîné pour héritier, & au cas qu'il décédât ſans enfans, ou ſes enfans ſans enfans, lui ſubſtituoit ſon ſecond fils, & dans le même cas ſubſtituoit ſon troiſieme fils, ainſi des autres; ſi l'aîné héritier laiſſoit un enfant, cet enfant formoit le premier degré, puis cet enfant venant à mourir ſans enfans, comme il falloit remonter au ſecond fils du teſtateur, en faveur duquel la ſubſtitution ſe trouvoit ouverte, celui-ci faiſoit un ſecond degré, & ſi ce ſecond fils laiſſoit auſſi un enfant, cet enfant faiſoit le troiſieme degré, comme auſſi ſi ce même enfant décédoit ſans enfans, on remontoit au troiſieme fils du teſtateur qui formoit alors le quatrieme degré. *Vid. Dolive*, *liv.* 5, *chap.* 10; *Catellan*, *liv.* 2, *chap.* 74.

On jugeoit pourtant que la tranſmiſſion dont nous avons parlé ci-devant, c'eſt-à-dire, le droit de tranſmetrte l'eſpérance du fidéicommis, n'avoit pas lieu à l'égard des ſubſtitués qui ſe trouvoient former le quatrieme degré, & que venant à décéder avant l'échéance du fidéicommis, ils n'en tranſmettoient pas l'eſpérance à leurs enfans qui ſe trouvoient dans le cinquieme degré, *Catellan*, *dicto loco.*

La même Ordonnance de 1747 eſt allée encore plus loin : car elle a voulu en l'article 34 qu'au cas que la ſubſtitution ait été faite au profit de pluſieurs freres, ou autres appellés conjoinctement, ils ſeront cenſés avoir rempli un degré chacun pour la part & portion qu'il aura recueillie dans leſdits

lesdits biens : ensorte que si ladite portion passe à un autre substitué, même à un de ceux qui auroient été appellés conjointement, il soit regardé comme rempliſſant à cet égard un second degré ; & cela est en effet conforme à la doctrine & à l'Arrêt qu'on lit dans *Ricard*, *tom.* 2, *des substit. chap.* 9, *sect.* 6, *n.* 837.

Lors même que le grévé de substitution ou quelqu'un des substitués a accepté la disposition faite en sa faveur, soit expressément par des actes ou par des demandes formées en Justice, soit tacitement en s'immiscant dans la possession des biens substitués, il doit être compté comme une tête & pour une personne ; c'est là décision de l'Ordonnance des substitutions de 1747, titr. 1, art. 36, quoiqu'il y eût auparavant assez de controverse entre les Auteurs, pour savoir si la seule acceptation suffisoit pour former un degré, lorsqu'on n'avoit pas joui, comme on peut le voir dans *Expilly*, *Arrêt* 124 ; *Duperier*, *liv*, 4, *quest.* 8 ; *Ricard*, *des substit. chap.* 9, *sect.* 6, *n.* 777, *& suiv. & chap.* 10, *sect.* 6, *in fine.*

Mais lorsque le grévé de substitution ou l'un des substitués renonce, s'abstient, ou répudie, sans s'être immiscé dans les biens substitués, ou qu'il meurt sans avoir accepté ni expressément ni tacitement, il n'est pas compté, ou ne fait point de degré, conformément à la Jurisprudence attestée dans *Catellan*, *liv.* 2 *chap.* 74 ; dans *le nouvel Albert*, *lettre S. chap.* 11 ; & suivant l'article 37 du titre 1 de ladite Ordonnance de 1747, qui ajoute que cela doit avoir lieu, encore que la rénonciation du grévé ou du substitué n'eût pas été gratuite ; mais cette addition ne doit pas s'entendre d'une renonciation qui seroit faite au profit d'une personne absolument étrangere ; car alors, soit que la renonciation fût gratuite, ou non, ce seroit une donation ou une cession qui feroit entrer le donataire ou cessionnaire à la place de son auteur, de sorte que le degré seroit censé rempli, & devroit être compté, attendu qu'il représenteroit son auteur.

Par la même raison ladite Ordonnance, titr. 1, art. 38, décide que lorsque les créanciers du grévé ou d'un des substitués auront été admis à accepter la disposition faite au profit de leur débiteur, ou à demander l'ouverture de la substitution pour en jouir durant sa vie, comme s'ils ne peuvent en jouir qu'en représentant leur débiteur & à son lieu & place, il en sera même que si ce débiteur avoit recueilli & joui, & qu'en conséquence le degré du débiteur sera censé rempli, & devra être compté.

Il faut prendre garde que toutes les substitutions fidéicommissaires faites, soit par des actes entre-vifs, ou par des dispositions à cause de mort, doivent être publiées, l'Audience tenant, & régistrées au Greffe, tant du Sénéchal ou autre plus prochain Siege royal ressortissant nuëment aux Cours Supérieures, tant de la demeure de celui qui les a faites, qu'en celui de l'assiete des biens substitués.

Cette publication & enrégistrement doivent être faits à la diligence de

ceux qui ſont chargés de ſubſtitution, même des héritiers légitimes, lorſque la charge de la reſtitution du fidéicommis tombe ſur eux dans le cas de droit, & l'on exige cette publication & enrégiſtrement, ſoit afin que ceux qui ſont chargés de fidéicommis, ne les tiennent pas cachés au préjudice des fidéicommiſſaires, ſoit enfin de rendre les fidéicommis publics & notoires à tous ceux qui voudroient contracter avec le grévé ou acquérir de lui.

Le délai pour faire publier & enrégiſtrer les ſubſtitutions eſt de ſix mois, qui ſe comptent, ſavoir, à l'égard de celles faites par contrat depuis le jour dudit contrat, & à l'égard de celles qui ſont contenues dans un acte à cauſe de mort du jour du décès du ſubſtituant; elles peuvent être pourtant publiées & régiſtrées après ledit délai de ſix mois, mais avec cette différence que dans le premier cas elles ont un effet rétroactif qui remonte au jour de leur date ou décès du ſubſtituant, au préjudice même des créanciers & des tiers acquéreurs intermédiaires; ce que je trouve néanmoins injuſte quant à ceux-ci : au lieu que quand elles n'ont été publiées & régiſtrées qu'après ledit délai de ſix mois, elles n'ont effet contre les créanciers & tiers acquéreurs que du jour de ladite publication & enrégiſtrement.

Les créanciers & tiers acquéreurs peuvent même oppoſer le défaut de ces formalités à toutes ſortes de perſonnes, même aux pupilles, à l'Egliſe, Hôpitaux & Communautés; mais il n'y a auſſi que les créanciers & tiers acquéreurs qui puiſſent l'oppoſer, ces formalités n'ayant été introduites que pour leur utilité, & par conſéquent les héritiers, donataires, légataires ou ſucceſſeurs du ſubſtituant, non plus que leurs ayans cauſe, ne ſont pas reçus à oppoſer ce défaut; & on l'a toujours jugé de même, comme on le voit dans *Maynard*, *liv.* 5, *chap.* 95; & dans *Louet & Brodeau*, *lettre S. chap.* 3; car on ne peut pas prendre un argument de ce qui ſe pratique concernant les donations entre-vifs, à l'égard deſquelles le défaut d'inſinuation ou enrégiſtrement peut être oppoſé par tous ceux qui y auroient intérêt, autres néanmoins que le donateur, ſuivant l'article 27 de l'Ordonnance des Donations de 1732; les raiſons de la différence ſont expliquées par *Ricard*, *tom.* 2, *des ſubſtit. chap.* 13, *ſect.* 2, *n.* 121 & 129.

Tout ce que deſſus au ſujet de la publication & enrégiſtrement des ſubſtitutions fidéicommiſſaires eſt ainſi reglé par l'Ordonnance d'Henri II. de 1553, par l'Ordonnance de Moulins de 1566, art. 57, par la Déclaration du 25 novembre 1690, par une autre Déclaration du 18 janvier 1712, & par l'Ordonnence des Subſtitutions de 1747, titr. 2, art. 18, & ſuiv. auſquelles il faut avoir recours.

Cette Ordonnance en l'article 23, du titr. 2, a même voulu qu'on fût obligé de faire publier & enrégiſtrer les actes d'emploi ou de remploi

qu'elle a ordonné être faits par le grévé, des deniers & du prix des effets substitués.

Il suffit d'ajouter que le défaut de publication d'enrégistrement de la substitution ne peut pas être suppléé ni regardé comme couvert par la connoissance que les créanciers ou les tiers acquéreurs pourroient avoir eu d'ailleurs de la substitution avant de contracter, soit pour avoir été présens à l'acte contenant le fidéicommis, ou pour l'avoir signé, soit par une dénonce de la part du substitué, ou autrement; il n'y a en effet que la connoissance légale établie par les Ordonnances, au moyen de la publication & enrégistrement, qui doive leur nuire : car il est vrai de dire que s'ils ont été instruits de la substitution par quelqu'autre voie, ils ont connu aussi qu'elle ne pourroit pas leur être opposée, à cause du défaut de la publication & enrégistrement qui la rendoit nulle à leur égard : cela est ainsi décidé expressément par l'article 33 du titre 2 de ladite Ordonnance de 1747, & le Parlement de Toulouse l'avoit jugé auparavant de la même maniere à l'égard d'une donation non insinuée, par un Arrêt du 24 mai 1728, cité par *Furgole* sur l'article 23 de l'Ordonnance des Donations de 1731. Voyez encore *Ricard*, *tom.* 1, *part.* 1, *chap.* 4, *sect.* 3, *n.* 1251; *Coquille*, *sur les Coutumes de Nivernois*, *page* 317, *& quest.* 165; *Theveneau*, *pag.* 303.

§. 12. *Si fideicommissarius ei jusjurandum detulerit, &c.*

La preuve par témoins des dispositions de derniere volonté & même des fidéicommis verbaux étant défendue par l'Ordonnance des Testamens de 1735, art. 1, ainsi que nous l'avons déja observé ailleurs, on demande si l'on ne pourroit pas du moins prouver un fidéicommis verbal par le serment de l'héritier qu'on prétendroit en avoir été chargé, & contre cet héritier lui-même.

Cette preuve par le serment du grévé est permise par ce texte & par la Loi derniere, *cod. de fideicommissis*, & *Despeisses*, *tom.* 2, *pag.* 124, *n.* 37, *in fine*, observe, d'après *Maynard* & *Duranti*, que les aveux ou confessions de l'héritier en cette matiere sont valables, pourvu qu'elles ne nuisent ni aux créanciers ni aux légitimaires. Il y a aussi un Arrêt du Parlement de Bordeaux du mois de mars 1739, qui sur la demande de celui qui se prétendoit substitué par un fidéicommis verbal, ordonna que l'héritier institué se purgeroit par serment sur le fait du fidéicommis verbal; mais on est instruit que cet Arrêt fut cassé par un autre du Conseil, comme contraire à ladite Ordonnance, parce qu'en effet la preuve par serment deviendroit inutile, attendu que l'héritier en avouant le fidéicommis verbal, découvriroit suffisamment le vice de la disposition, comme faite contre les termes de ladite Ordonnance, qui veut que toutes les dispositions à cause de mort soient faites par écrit.

Les Arrêts rapportés par *Catellan*, *liv.* 2, *chap.* 58, contraires à ceux

qu'on lit dans *Dolive*, *liv.* 5, *chap.* 25, *nov. addit.* avoïent jugé que l'héritier chargé de rendre après sa mort ou à un certain tems à une d'entre plusieurs personnes, pouvoit varier jusqu'à sa mort ou jusqu'audit terme, soit que la premiere élection eût été faite dans un testament, ou dans un acte entre-vifs, & quand dans la premiere élection il auroit déclaré avec serment avoir été chargé verbalement de rendre à celui qu'il avoit nommé; cela étoit fondé sur ces raisons, que l'élection faite par le grévé avant l'événement de la condition du fideicommis, n'est proprement qu'une destination, & un projet plutôt qu'une élection, *non esse electionem propter incertum diem fideicommissi*, *Leg. cùm pater* 77, §. *à filiâ*, *ff. de legat.* 2°. & qu'on ne peut pas anticiper ainsi la restitution d'un fidéicommis au préjudice des autres éligibles, auxquels il importe même que la liberté que l'héritier a de varier, ne puisse pas être anéantie par des déclarations contraires de la part de cet héritier, bien qu'affirmées par serment.

On jugeoit pourtant par une exception particuliere que le grévé ne pouvoit pas varier, nonobstant la faveur de autres éligibles, lorsqu'il avoit fait la premiere élection dans le contrat de mariage de l'élu, tandis que ce mariage subsistoit, & qu'il y en avoit des enfans; cela fondé sur la faveur singuliere du mariage, & des enfans qui en avoient été procréés: car si le mariage venoit à être dissous par le décès sans enfans de celui qui avoit été élu, cette faveur cessant, l'héritier reprenoit son droit d'élire, ou même si dans ce cas cet héritier ne faisoit pas d'autre élection, le fidéicommis étoit alors partagé entre tous les éligibles survivans audit héritier, suivant les principes étirs de ladite Loi 77 déja citée. *Vid. Dolive*, *liv.* 5, *chap.* 25; *Catellan*, *liv.* 2, *chap.* 70.

Mais l'Ordonnance de 1735 concernant les Testamens, art. 64, a apporté du changement à cette Jurisprudence, en voulant que lorsque celui qui a été chargé d'élire, aura déclaré son choix par un contrat de mariage, ou bien même par un acte entre-vifs accepté par celui qu'il aura élu, dans la forme prescrite pour l'acceptation des donations, ladite élection soit irrévocable; d'où il resulte deux choses.

1°. Qu'aujourd'hui l'élection faite en contrat de mariage est hors de toute atteinte de variation, & toujours irrévocable; ce qui doit s'entendre, quoiqu'il n'y ait pas eu même d'acceptation de la part de l'élu, parce que la faveur des mariages dispense de cette formalité de l'acceptation, suivant les articles 11 & 13 de l'Ordonnance des Donations du mois de février 1731, comme aussi quand même l'élu en contrat de mariage viendroit à mourir sans enfans avant l'héritier grévé d'élire, de sorte que les biens compris en l'élection doivent appartenir aux héritiers ou successeurs légitimes de l'élu, sans que l'héritier grévé puisse être en droit de faire de nouvelle élection, ni que les autres éligibles puissent être appellés.

2°. Qu'il faut dire la même chose touchant l'irrévocabilité de l'élection, lorsquelle

lorſqu'elle a été faite par un acte entre-vifs, pourvu qu'il ait été accepté dans la forme preſcrite par l'Ordonnance de 1731, c'eſt-à-dire, par l'élu lui-même expreſſément, ou par ſon Procureur général ou ſpécial, ou par le pere, mere, ou aſcendans, ou tuteur, ou curateur de l'élu, s'il eſt mineur, ainſi qu'on peut l'induire des art. 5 & ſuiv. de l'Ordonnance de 1731.

L'élection aux fidéicommis peut donc être toujours anticipée, nonobſtant la faveur des autres éligibles, & la liberté de varier ne peut avoir lieu aujourd'hui que quand l'élection au fidéicommis a été faite dans un teſtament ou autre diſpoſition de derniere volonté, révocable de ſa nature juſqu'à la mort; ou dans un acte entre-vifs qui pécheroit par le défaut d'acceptation; ou bien enfin quand l'élection a été faite par contrat de mariage ou autre acte entre-vifs, mais contre la défenſe expreſſe du teſtateur de la faire avant un certain tems : car l'article 65 de l'Ordonnance de 1735 porte que l'article 64 qui précede, aura lieu, encore que le choix ait été fait avant le tems porté par le teſtament, ſi ce n'eſt que le teſtateur eût prohibé expreſſément de faire ledit choix avant le terme par lui marqué, auquel cas ledit choix ne ſera irrévocable qu'après l'expiration de ce terme.

Catellan liv. 2, *chap.* 70, rapporte des Arrêts qui ont jugé que lorſque le teſtateur a donné à deux cohéritiers grévés le droit d'élire, & que tous les deux enſemble ont fait une élection, le ſurvivant d'entr'eux peut la révoquer & en faire une ſeconde, parce que, dit-il, la faculté d'élire & de varier accroît au ſurvivant; ce qu'il faut reſtraindre tout au moins aujourd'hui au cas où la premiere élection n'auroit pas été faite dans un contrat de mariage, ni dans un acte entre-vifs duement accepté.

On peut même remarquer avec l'Auteur des Obſervations ſur *Catellan*, *ibid.* & les Auteurs qu'il cite, que celui qui n'a qu'une ſimple faculté d'élire, c'eſt-à-dire, *nudum miniſterium*, ſans être lui-même héritier ou donataire grévé de rendre à ſon décès, ou autre terme, conſomme ſon droit par la premiere élection qu'il fait, & n'eſt pas reçu à varier.

Il y a des Auteurs qui eſtiment que quand la faculté d'élire a été accordée à deux cohéritiers, ils peuvent la diviſer & élire ſéparément chacun ſon héritier, ſi la volonté du teſtateur, la nature des biens, ou autres circonſtances ne s'y oppoſent, & *Cambolas*, *liv.* 5, *chap.* 36, rapporte encore un Arrêt qui a jugé que quand la ſeconde élection a été faite au profit d'un incapable, la premiere vaut & ſubſiſte.

Au ſurplus, celui qui a le pouvoir d'élire, ne peut pas céder, tranſporter, ou remettre cette faculté à un autre, ni à ſon héritier : car c'eſt une faculté perſonnelle qui ne peut pas réguliérement être tranſmiſe. *Vedel ſur Catellan*, *liv.* 2, *chap.* 27.

On tient auſſi que le droit accordé d'élire l'un des enfans en général, s'étend aux enfans même qui ſont nés ou conçus depuis le tems de la diſpoſition portant la faculté d'élire.

Les Auteurs enſeignent auſſi qu'une élection déja faite peut être révoquée pour le mariage de l'enfant qui a été élu, fait ſans le conſentement de ſon pere ou de ſa mere qui avoit fait l'élection ; comme auſſi que la révocation a lieu pour injures graves & excès commis par l'élu contre ſes pere & mere dont il tient l'élection, & il faut en effet que les mauvais traitemens ſoient dans ce cas conſidérables : car *Deſpeiſſes*, *tom.* 2, *pag.* 400, ſoutient que l'élection au fidéicommis ne peut pas être révoquée par ingratitude, attendu qu'aux termes des Loix ce n'eſt pas une donation.

On peut obſerver que lorſqu'une perſonne, ſoit par contrat, ou par teſtament, s'eſt chargée ou a été chargée de rendre à pluſieurs ſous un nom collectif, ſi c'eſt à des enfans ou autres perſonnes incertaines & non encore nées, ou non deſignées chacune par leur nom, qu'elle a promis ou qu'elle a été chargée de rendre, *nomine collectivo*, tous les Auteurs preſque conviennent que cette perſonne a de plein droit la faculté d'élire un ſeul d'entre leſdits enfans ou autres, auquel elle rendra le fidéicommis, *Dolive*, *liv.* 5, *chap.* 14; *Catellan*, *liv.* 2, *chap.* 14; mais ſi c'eſt à des perſonnes certaines, déja nées & déſignées par leur nom, qu'on ſoit chargé de rendre, les Auteurs auſſi conviennent aſſez que le grévé n'a pas le droit d'élire ou choiſir une ſeule, ſi le droit d'élection ne lui a été nommément donné.

Mais celui auquel le pouvoir d'élire un d'entre pluſieurs a été accordé, peut non ſeulement choiſir un ſeul des éligibles, il peut encore élire deux ou pluſieurs d'entr'eux, s'il le trouve à propos : car puiſqu'en n'éliſant pas ils les appelleroit tous au fidéicommis, il s'enſuit qu'il doit en éliſant avoir la liberté de rendre pluſieurs deſdits éligibles. *Fernand*, *tract. de filiis natis ex matrim. cap.* 9, *n.* 7.

Il eſt vrai en effet que ſi le grévé meurt ſans avoir fait aucune élection, tous les éligibles ont une égale par au fidéicommis, & il ſe diviſe entr'eux, *Leg.* 67, §. *rogo*, *ff. de legat.* 2°. à moins que le teſtateur n'eût marqué quelque ordre ou quelque prédilection, entr'eux; comme ſi le fidéicommis étoit fait en faveur de l'aîné, ou de tel autre qu'on voudroit choiſir, car alors en défaut de l'élection il appartiendroit à l'aîné ſeul, *Fernand*, *dict. loc. n.* 13, & celui à qui la faculté d'élire a été donnée, les mâles préférés aux filles, ne peut pas non plus élire un mâle avec un fille.

Au reſte, l'élection doit être gratuite de la part de celui à qui la faculté d'élire a été accordée, & il ne doit pas la rendre vénale, mais il doit faire, pour ainſi dire, l'office de Juge; ainſi l'élection faite en faveur d'un des éligibles, moyennant quelque argent ou quelques avantages qu'il feroit au grévé, ſeroit nulle, & les autres éligibles pourroient même la faire caſſer ſuivant les circonſtances. *Vid. Vedel ſur Catellan*, *liv.* 2, *chap.* 17; *& Albert*, *lettre S. chap.* 17. Il y a un Arrêt du 2 mai 1738 qui le jugea ainſi contre l'héritier de Pierre Tracol grévé de rendre, lequel ayant élu Joſeph Rouſſel, s'étoit fait revendre le même jour par celui-ci leſdits biens

pour trois cens livres, quoiqu'ils valuſſent environ 3000 liv. car Denis Rouſſel fit caſſer cette vente, nonobſtant que Tracol en eût joui trente-deux ans, parce qu'on jugea qu'il n'avoit pu jouir qu'en qualité d'héritier grévé, attendu la nullité de l'élection, & qu'ainſi il n'y avoit pas de preſcription.

Il faut ſavoir encore que l'inſtitution d'héritier univerſel vaut une élection tacite & ſuffiſante au fidéicommis en faveur de celui qui a été inſtitué, *Catellan*, *liv.* 2, *chap.* 59; où il ajoute que cette élection tacite ſubſiſte même, quoique cette inſtitution ſoit répudiée; & la donation univerſelle, ſoit entre-vifs, ou à cauſe de mort, contient auſſi une élection tacite, *Catellan*, *liv.* 2, *chap.* 31, *& chap.* 59, quoiqu'on juge le contraire au Parlement de Paris; mais il eſt néanmoins vrai que l'élection doit être expreſſe, & qu'une élection tacite par inſtitution ou donation ne ſuffit pas, lorſqu'en défaut d'élection le teſtateur a nommé un des éligibles, comme, par exemple, l'aîné. *Catellan & Vedel*, *liv.* 2, *chap.* 59.

On peut même obſerver que ce n'eſt que ſur des ſimples conjectures de la volonté qu'on juge que l'inſtitution ou la donation univerſelle vaut une élection aux biens du fidéicommis dont on eſt chargé; & je ne ſais s'il ne faudroit pas aujourd'hui changer cette Juriſprudence, & juger le contraire, ſur-tout depuis que les nouvelles Ordonnances concernant les Teſtamens & les Subſtitutions on proſcrit avec raiſon toutes les conjectures & les préſomptions qui peuvent être équivoques: car enfin je ne vois pas trop bien qu'on doive conclure infailliblement de ce qu'un héritier grévé de rendre, par exemple, à moi ou à quelqu'un de mes freres, à ſon choix, m'aura inſtitué héritier en tous ſes biens, ou m'en aura fait une donation générale, qu'il ait auſſi entendu m'élire par ce moyen pour recueillir les biens du fidéicommis dont il n'a pas diſertement parlé.

Au ſurplus, le droit d'élire ſe perd par la condamnation du grévé au banniſſement perpétuel, tout comme par ſa condamnation aux galeres perpétuelles, à moins qu'il ne fût rétabli enſuite dans ſon premier état par la grace du Prince, parce que la mort civile qu'il encourt par l'une & l'autre de ces condamnations, le rend incapable de tous actes, *Ricard*, *tom.* 2, *des ſubſtit. chap.* 11, *aux addit. in fine*: car il ne faut pas, je penſe, s'en tenir à ce que *Catellan*, *liv.* 4, *chap.* 14, & autres Auteurs ont écrit, ſavoir, que le banni à perpétuité pouvoit uſer de la faculté d'élire.

Le droit d'élection ne ſe prend pas cependant par le convol en ſecondes noces de la mere grévée d'élire, ni par le défaut d'avoir gardé la condition de viduité à elle impoſée, *Catellan*, *liv.* 4, *chap.* 14, *in fine*; mais il y a plus de difficulté à décider ſi ce droit ſe perd par les ſecondes noces de la femme dans l'an de deuil: *Catellan*, *loc. cit.* rapporte un Arrêt qui décida pour l'affirmative, lequel eſt contraire à l'avis de *Maynard*, *liv.* 3, *chap.* 100. Il y a du moins un Arrêt rapporté dans le *nouvel Albert*, *lettre*

E, *chap.* 6, qui jugea que le droit d'élection étoit perdu par la malverſation de la femme dans l'année de deuil; c'eſt apparemment le même Arrêt dont parle *Fromental dans ſon Recueil*, *pag.* 283, celui-ci y en ajoute un autre, qui jugea, dit-il, que ce droit ſe perdoit auſſi par les ſecondes noces de la femme ſans avoir fait pourvoir de tuteur à ſes enfans. Cependant il faut convenir qu'aucune de ces fautes ne produit la mort civile, & que même l'infâmie qui accompagnoit les ſecondes noces dans l'an du deuil, n'a pas lieu en France.

Celui qui a le pouvoir d'élire un d'entre pluſieurs enfans, ſoit du teſtateur, ou autres, ne peut pas élire un des petits-fils ou deſcendans des éligibles, encore que celui duquel ils ſont iſſus, fût mort avant que le choix eût été fait, c'eſt-à-dire, qu'il ne peut élire un des enfans deſcendans en ſecond degré, tandiſqu'il y en a du premier degré qui peuvent être élus, ſi ce n'eſt que le teſtateur en eût autrement ordonné; c'eſt la déciſion de l'article 26 de l'Ordonnance des Teſtamene de 1735, & cela ſe jugeoit ainſi avant ladite Ordonnance, ſuivant *Fernand*, *de filiis natis ex matrim. part.* 9, *n.* 8; *Catellan*, *liv.* 2, *chap.* 100; parce qu'en effet il ne doit pas être permis de préférer le ſecond degré au premier, dont le teſtateur n'a pas même fait mention; d'autant mieux que le droit de repréſentation n'a jamais lieu en matiere de fidéicommis; enſorte que les petits-fils n'y peuvent pas concourir avec leurs oncles, ni y venir par droit de repréſentation à la place de leurs peres décédés, ce droit de repréſentation n'ayant été introduit que pour les ſucceſſions *ab inteſtat*, comme on le voit dans *Maynard*, *liv.* 5, *chap.* 45.

Bien plus, l'article 62 de l'Ordonnance des Teſtamens déja cité ajoute, que ſi tous les enfans du premier degré décédent avant que l'élection ait été faite, le droit d'élire demeurera caduc & éteint, le tout à moins que le teſtateur n'en eût autrement ordonné; enſorte que dans le cas du prédécès de tous les éligibles, on ne peut pas même élire un des enfans en ſecond degré, ſi le teſtateur ne l'a permis, *niſi ſpecialiter defunctus ad ulteriores gradus voluntatem ſuam extenderit*, *Leg.* 32, §. *ult. ff. de legat.* 2°. & cela rend inutile l'opinion de *Fernand*, *dict. loc.* qui enſeigne que cela ſe pouvoit, n'y ayant plus d'éligibles du premier degré, & que même les filles pouvoient être élues en défaut de mâles éligibles; ce qui n'étoit pas néanmoins ſuivi quant à ce dernier point.

On jugeoit cependant au Parlement de Toulouſe qu'un héritier ou un donataire grévé d'élire pouvoit charger celui ou ceux qu'il éliſoit, de ſubſtitution, pourvu que ce fût en faveur d'un autre des éligibles, ſur le fondement de la maxime, *quem honoro gravare poſſum*, priſe *à contrario ſenſu* de la Loi *ab eo*, *cod. de fideicom.* on trouve cette Juriſprudence atteſtée pas *Maynard*, *liv.* 5, *chap.* 34; *Cambolas*, *liv.* 5, *chap.* 2; *Catellan*, *liv.* 2, *chap.* 100; *Boutaric*, *Inſtit. pag.* 357; mais cela étoit aſ-

ſez

ſez irrégulier, puiſqu'en effet c'eſt uſer d'un droit qu'on n'a pas que de ſubſtituer à celui qu'on élit, quoiqu'on ne lui ſubſtitue qu'un des autres éligibles, qu'on ne peut pas déviner ſi le teſtateur auroit approuvé cette liberté, & qu'en un mot on ne donne proprement rien du ſien en éliſant : *quid enim eſt quod de ſuo videatur reliquiſſe, qui quod reliquit, omnimodò reddere debuit. Leg.* 67, §. 1, *ff. de legat.* 2°.

Auſſi le Parlement de Paris jugeoit-il que le grévé d'élire un d'entre pluſieurs ne pouvoit point ſubſtituer à celui qu'il choiſiſſoit, même en faveur d'un autre des éligibles, & l'Ordonnance des Teſtamens, art. 3, a adopté cette déciſion, en ordonnant que celui qui ſera chargé d'élire un des enfans du teſtateur, ou autres, ne pourra gréver celui qu'il choiſira d'aucune ſubſtitution, même en faveur d'un autre éligible, ſi ce n'eſt que le teſtateur lui en eût donné expreſſément le pouvoir par ſon teſtament.

Il reſtoit néanmoins encore ſur cette matiere une difficulté : car en convenant que l'héritier ou le donataire qui avoient été chargés d'élire, ne pouvoient pas gréver l'élu d'aucun fidéicommis ſur des biens qu'ils tenoient eux-mêmes de la libéralité d'autrui, quelques Auteurs avoient penſé que cela devoit du moins être permis à celui qui en donnant ſes biens propres s'étoit réſervé la faculté d'y élire & nommer celui qu'il jugeroit à propos : un homme, par exemple, donne dans ſon contrat de mariage la moitié de ſes biens à tel de ſes enfans à naître dudit mariage qu'il voudra élire, pluſieurs croient que ce pere en éliſant pouvoit ſubſtituer à l'enfant qu'il choiſiſſoit, parce qu'il ne ſubſtituoit que des biens qui émanoient de ſa propre libéralité : *Cujas* dans ſa Conſultation 58 avoit été de ce ſentiment, de même que *Dolive liv.* 5, *queſt.* 15 : en un mot, cela ne ſouffroit aucune difficulté, ſur-tout dans cette Province où les peres & meres avoient même la liberté de ſubſtituer après coup aux biens par eux donnés, quoiqu'ils ne s'en fuſſent pas réſervé la faculté, ainſi que nous le dirons ci-après.

Mais l'Ordonnance concernant les ſubſtitutions de 1747, titr. 1, art. 14 & 15, condamne cette opinion, parce qu'effectivement le droit étant acquis ſans aucune charge par le contrat de mariage ou de donation entre-vifs à celui qui doit être élu, ſans qu'on lui ait impoſé aucune condition de rendre, on ne doit pas dans les regles pouvoir la lui impoſer *ex poſt facto*, quand ce ſeroit en faveur d'un autre des éligibles, une donation parfaite ne pouvant plus recevoir ni charge ni condition; de-là vient que ledit article 14 de cette Ordonnance porte que lorſqu'une donation ou inſtitution contractuelle aura été faite à la charge de remettre les biens donnés à celui que le donateur ou le donataire voudra choiſir, celui qui ſera élu, ne pourra, ſous prétexte de l'élection faite en ſa faveur, être chargé d'aucune ſubſtitution.

Bien plus, quand le donateur en donnant par contrat de mariage ou autre acte de donation entre-vifs se seroit réservé la faculté de substituer ensuite à celui qui éliroit, cette réservation ne peut produire aucun effet, parce qu'elle est contraire, ce semble, à la nature de la donation entre-vifs qui est de dépouiller entierement le donateur de tout droit sur les biens donnés, & parce que ce seroit donner & retenir; c'est pour cela que l'art. 15 de ladite Ordonnance porte, que quand même un contrat de mariage ou autre acte de donation entre-vifs contiendroit une réserve faite par le donateur de la faculté de substituer ensuite aux biens par lui donnés, cette réserve sera regardée à l'avenir comme nulle & de nul effet : il en est autrement d'un testament dans lequel on peut faire de réserves, parce qu'il n'a effet qu'après la mort, & que ce n'est pas un contrat.

Du reste, personne ne dispute que lorsque celui qui est chargé d'élire, donne ou laisse encore en élisant quelque chose de ses propres biens à celui qu'il choisit, & lui substitue nommément pour le tout, cette substitution ainsi faite pour le total est bonne aussi pour le tout; de façon néanmoins que l'élu a la liberté de rejetter la charge de la substitution, en abandonnant les biens que l'élisant lui a donnés de son chef propre, avant de s'être immiscé ou d'avoir accepté la nouvelle libéralité à lui faite ; & cela est même conforme à la disposition de l'article 16 du titre 1 de l'Ordonnance des Substitutions.

Nous venons de dire que dans cette Province on avoit jugé jusqu'à présent que les peres & meres pouvoient substituer *ex intervallo* aux biens qu'ils avoient précédemment donnés entre-vifs à leurs enfans, soit dans un contrat de mariage, ou autre acte entre-vifs, & cette permission leur avoit été accordée comme favorable à la conservation des biens dans leur famille, nonobstant la regle qui veut qu'une donation pure & parfaite ne puisse plus recevoir ni modification ni condition. *Leg.* 4, *cod. de donat. quæ sub modo.*

Cette liberté de substituer après coup aux biens donnés avoit lieu quoique les peres ou meres donateurs ne s'en fussent pas réservé le pouvoir lors de la donation, & qu'ils ne fissent aucune nouvelle libéralité à l'enfant sur la tête duquel ils substituoient, & avoit même été étendue à l'ayeul & à l'ayeule ; ce n'étoit qu'à l'égard des donnateurs étrangers ou collatéraux qu'on ne leur permettoit pas de substituer aux biens qu'ils avoient auparavant donnés, s'ils ne s'en étoient réservé la faculté dans l'acte même de donation : on peut voir là-dessus *Maynard*, *livre* 5, *chapitre* 34 ; *Dolive*, *liv.* 5, *chap.* 15 *&* 16 ; *Catellan & Vedel*, *liv.* 2, *chap.* 13; *Boutaric*, *instit. pag.* 358 *&* 359.

Comme ces substitutions aux biens donnés étoient contraires aux principes du Droit, on exigeoit, suivant ces mêmes Auteurs, pour les rendre valables, qu'elles fussent accompagnées tout à la fois de trois conditions,

La premiere, que la substitutien fût faite, au cas que l'enfant donataire vînt à mourir sans enfans, sans faire même différence des mâles & des filles : car il n'étoit permis de substituer aux biens donnés, en cas de décès du donataire *sine liberis masculis*, que lorsque le donateur s'étoit réservé lors de la donation le pouvoir de substituer pour la conservation de la famille qui étoit noble ; il y avoit d'ailleurs diversité d'avis, pour savoir s'il étoit absolument nécessaire en substituant aux biens donnés d'exprime, la condition, *si sine liberis*, ou s'il suffisoit qu'elle se vérifiât par lévénement, quoique *Furgole*, *quest.* 26, *sur les donations*, *n.* 36, ait décidé que cela étoit suffisant.

La seconde condition étoit que le pere donateur substituât en faveur de ses propres enfans, freres ou sœurs du donataire, ou de quelqu'un d'eux, c'est-à-dire, *favore liberorum suorum*, ce que l'on avoit pourtant étendu jusques-là qu'il pouvoit substituer les enfans même de second mariage, ou l'un d'eux, quoiqu'il y eût des enfans du premier lit survivans à leur frere germain du donataire ; mais si la substitutions étoit faite au profit des freres ou autre collatéraux du donateur, ou à des étrangers, elle étoit nulle & inutile.

Elle étoit nulle aussi, si elle étoit faite au profit d'un des enfans du fils donataire, parce que cela choquoit la condition, *si sine liberis* ; mais on jugeoit pourtant que l'ayeul pouvoit substituer aux biens donnés à son fils prédécédé sur la tête des enfans de sondit fils donataire, aux mêmes charges & conditions.

Enfin, la troisieme condition étoit que la substitution fût faite nommément ou expressément ausdits biens : on jugeoit cependant que les biens donnés étoient censés compris dans une substitution vague & générale, quoiqu'en substituant le testateur n'eût point fait mention expresse des biens qu'il avoit précédemment donnés à son fils prédécédé, pourvu que le donateur se fût réservé lors de la donation la faculté de substituer pour la conservation de son nom ou de sa famille, & qu'elle fût noble. *Vid. Dolive*, *liv.* 5, *chap.* 15.

L'on observoit au surplus les mêmes regles & conditions à l'égard des substitutions, aux institutions contractuelles ou promesses d'instituer en contrat de mariage, qui sont regardées comme des donations. *Vid. Catellan*, *liv.* 2, *chap.* 13.

C'est ainsi qu'on avoit poussé & amplifié, contre les regles, la faveur de la substitution aux biens donnés, qui n'avoit d'abord été accordée qu'au pere, en l'étendant à la mere, à l'ayeul, & même à l'ayeule, suivant l'Arrêt de préjugé rapporté dans le *nouvel Albert*, *lettre S. chap.* 16 : en un mot on avoit porté si loin cette faculté, qu'on jugeoit qu'il n'étoit pas permis au pere, &c. d'y renoncer ; & lors même qu'après s'être réservé cette liberté lors de la donation, il y avoit ensuite renoncé par acte, on n'appli-

quoit cette renonciation qu'à la faculté par lui réſervée, & non à la faculté de ſubſtituer qu'il avoit d'ailleurs par la Juriſprudence des Arrêts, ſuivant le préjugé rapporté par *Boutaric*, *Inſtit. pag.* 358.

Mais tous ces paſſe-droits comme contraires à la Loi ont été corrigés & abrogés par l'Ordonnance des Subſtitutions du mois d'août 1747, titr. 1, art. 13, qui porte que les biens qui auront été donnés par contrat de mariage ou par une donation entre-vifs, ſans aucune charge de ſubſtitution, ne pourront en être grévés par une donation ou diſpoſition poſtérieure, encore qu'il s'agiſſe d'une donation faite par un pere à ſes enfans, que la ſubſtitution comprenne expreſſément les biens donnés, & qu'elle ſoit faite en faveur des enfans ou deſcendans du donateur ou du donataire.

L'article 15 de la même Ordonnance ajoute qu'il ne ſera pas même permis de ſubſtituer après coup aux biens donnés, quand bien on s'en ſeroit réſervé la faculté lors de la donation, & que cette réſerve ſera regardée à l'avenir comme nulle & de nul effet, parce qu'effectivement il paroît que ce ſeroit donner & retenir.

Elle excepte ſeulement par l'article 16 les diſpoſitions par leſquelles le donateur feroit une nouvelle libéralité au donataire, ſoit entre-vifs, ou à cauſe de mort, ſous la condition expreſſe que les biens qu'il lui avoit précédemment donnés, demeureroient chargés de ſubſtitution; auquel cas ſi le donataire accepte la nouvelle libéralité à lui faite ſous ladite condition, elle veut même qu'il ne lui ſoit plus permis de diviſer les deux diſpoſitions faites à ſon profit, ni de renoncer à la ſeconde pour s'en tenir à la premiere : ce qui eſt conforme à la doctrine de *Maynard*, *liv.* 6, *chap.* 5; *& de Graverol ſur La Roche*, *liv.* 2, *verb. mariage*, *art.* 46; ſur quoi on peut voir auſſi *Catellan*, *liv.* 2, *chap.* 13.

Elle excepte encore dans l'article 18 les donations faites entre mari & femme durant le mariage, ou faites par un pere à un enfant non émancipé, autrement que par un contrat de mariage; parce qu'en effet ces ſortes de donations, comme je l'ai dit ailleurs, n'étant conſidérées que comme des donations à cauſe de mort, & par conſéquent révocables de la part du donateur juſqu'à ſon décès, elles ne doivent pas être traitées comme les donations entre-vifs & parfaites, & qu'ainſi elles peuvent être chargées après coup de ſubſtitution, même en faveur d'un étranger.

TITRE XXIV.

De ſingulis Rebus per Fideicommiſſum relictis.

Poteſt quis etiam ſingulas res per fideicommiſſum relinquere, veluti fundum argentum, veſtem, &c.

CONFORMEMENT à ce texte, on jugeoit dans cette Province que les meubles & effets mobiliers pouvoient être ſubſtitués & fidéicommis comme les immeubles, nonobſtant l'article 125 de l'Ordonnance de 1629 qui n'étoit pas obſervée à cet égard, & l'on y ſuivoit la liberté naturelle & le Droit Romain, ſuivant lequel toutes choſes, ſoit meubles ou immeubles, ſoit les droits & actions, pouvoient être compris dans une ſubſtitution. *Leg.* 30, §. 1, *ff. ad Trebellianum.*

L'Ordonnance concernant les Subſtitutions du mois d'août 1747, titr. 1, art. 3, & ſuiv. a permis auſſi la ſubſtitution des choſes mobiliaires, rentes, offices, deniers comptans, droits & effets mobiliers, ainſi que des immeubles, voulant que toutes ces choſes puſſent être compriſes dans les ſubſtitutions univerſelles ou faites par forme de quotité; mais en même tems elle a ordonné que le grévé ſeroit tenu de faire vente & emploi du prix des effets mobiliers & des deniers comptans, tout comme du prix des offices & rentes conſtituées, en cas de vente, ſuppreſſion, ou rembourſement.

Elle a même défendu la ſubſtitution particuliere des meubles, droits & effets mobiliers, ſi le ſubſtituant n'en ordonnoit ladite vente & emploi, & n'a excepté que les beſtiaux & uſtencilles ſervans à la culture des terres, leſquels elle a voulu être cenſés compris dans les ſubſtitutions même particulieres deſdites terres, à la charge ſeulement de faire priſer & eſtimer leſdits cabaux, pour en rendre d'une égale valeur lors de la reſtitution du fidéicommis; elle a encore excepté les meubles & autres effets mobiliers ſervans à l'uſage ou ornement des châteaux ou maiſons, pour être conſervés en nature, pourvu que le ſubſtituant l'ait ainſi ordonné, & être rendus de même en nature lors de l'échéance du fidéicommis: on peut voir tout cela plus au long dans ladite Ordonnance.

Du reſte, la vente & l'emploi ou le remploi preſcrit par cette Ordonnance rendent aſſez inutile le bail de caution auquel tout héritier grévé comparé à un uſufruitier ſe trouvoit ſoumis par le Droit Romain, ſuivant le titre du Digeſte *ut legatorum ſeu fideicommiſſorum ſervand. cauſa caveatur*, & le titre du Code, *ut poſſeſſ. legator.* cependant le bail de caution n'étoit pas exercé à la rigueur, & l'on en uſoit à l'egard des héritiers grévés au ſujet dudit bail de caution, tout comme on en uſe encore à l'égard des

uſufruitiers, & en la maniere que nous l'avons déja expliqué ſur le §. 2 du Titre *de uſufructu.*

§. 1. *Poteſt autem non ſolùm proprias res teſtator per fideicommiſſum relinquere, ſed & haredis, aut legatarii, &c. hoc ſolum obſervandum eſt, ne plus quiſquam rogetur reſtituere, quàm ipſe ex teſtamento ceperit, &c.*

Un héritier ou un légataire ne peut pas être chargé régulierement par le teſtateur de rendre au-delà de la libéralité qu'il en a reçue, parce qu'on ne peut diſpoſer que de ſon bien, & non de celui d'autrui, comme l'obſerve *Vinnius* ſur ce paragraphe, & qu'une libéralité ne doit pas être onéreuſe à celui envers lequel elle eſt exercée; ce qui néanmoins demande quelque explication.

1°. On peut être chargé de rendre au-delà même de ce qu'on à reçu du teſtateur, quand la reſtitution étant différée à un certain tems on a retiré quelque profit de la libéralité; comme, par exemple, lorſque celui à qui il a été légué mille écus, a été chargé d'en rendre à ſa mort deux cens, ou que celui à qui un fonds a été légué, a été grévé de le rendre à ſa mort, ou autre tems, & de bailler encore une ſomme au ſubſtitué : car dans ce cas, & autres ſemblables, le fidéicommis vaut non ſeulement pour le principal de la libéralité reçue du teſtateur, mais encore à concurrence des fruits ou émolumens que le grévé a perçu de la choſe léguée dans l'intervalle, quoique ces fruits lui appartiennent, ſans toutefois qu'il puiſſe être jamais tenu de rendre au-delà de la valeur deſdits fruits, mais ſeulement à concurrence. *Vid. Vinnius, hîc. Duperier, livre* 3, *chapitre* 3, *in princip.*

Cela eſt ſans difficulté, quand le grévé eſt un étranger ou un collatéral & non deſcendant du teſtateur; mais on a douté s'il en doit être de même à l'égard des enfans du teſtateur, & ſi le fidéicommis dont ils ont été chargés ſur leur propre bien au-delà de ce qu'il ont reçu, vaut à proportion des fruits ou interêts qu'ils ont perçus de ce que le pere leur a laiſſé; *Duperier, liv.* 3, *chap.* 3, après une longue diſſertation décide la négative, & *Catellan, liv.* 2, *chap.* 30, enſeigne auſſi qu'il faudroit pour cela une volonté bien marquée de la part du pere, comme s'il avoit dit expreſſément qu'il ne leur donnoit les fruits qu'en repréſentation de leur propre bien qu'il les chargeoit de rendre, & que ſans cela il ne leur auroit pas donné la jouiſſance de ſon bien; il ajoute que dans ce cas les enfans pourroient être obligés de rendre leur propre bien, mais à concurrence ſeulement de la valeur des fruits par eux perçus des biens du pere, & qu'il faudroit même en diſtraire les fruits de leur légitime & de la trébellianique due auſdits enfans.

2°. Lorſqu'un héritier ou légataire majeur de 25 ans, ſoit enfant, ou étranger, a reçu du teſtateur une libéralité ſous la charge ou condition expreſſe

de rendre ſon propre bien, ſi cette libéralité & la charge qui y a été impoſée, ne conſiſtent pas l'un & l'autre en une même quantité, mais peuvent au contraire recevoir une eſtimation d'affection, de choix, ou de préférence, comme, par exemple, ſi la libéralité eſt d'un fonds ou d'un héritage, à la charge de bailler une ſomme de deniers ou un autre fonds qui nous appartient, ou bien ſi le legs eſt d'une ſomme, à condition de bailler à un tiers un fonds qui nous eſt propre; alors ſi le légataire ou l'héritier accepte la libéralité qui lui a été ainſi faite, il eſt obligé par ſon acceptation d'exécuter le fidéicommis en entier, quoique ſon propre bien qu'il doit rendre, vaille davantage que ce qu'il a reçu, parce qu'il eſt cenſé avoir donné lui-même par ſon acceptation une eſtimation à la charge qui lui a été impoſée, & avoir préféré la libéralité à la charge, *Leg.* 70, §. 1, *ff. de legat.* 2°. & tout cela paroît conforme à la diſpoſition de l'Ordonnance des Subſtitutions de 1747, titr. 1, art. 16.

C'eſt auſſi ſur ces principes qu'eſt fondé l'Arrêt qu'on lit dans *Catellan*, *liv.* 2, *chap.* 21, par lequel il fut jugé qu'une fille inſtituée héritiere par ſon pere, à la charge nommément de ne rien prétendre à la ſucceſſion de ſa mere encore vivante, ayant accepté l'hérédité du pere, n'avoit pu ſuccéder enſuite *ab inteſtat* à ſa mere, & la ſucceſſion maternelle fut entierement adjugée à ſon frere.

On n'excepte que l'héritier ou légataire mineur, lequel en eſt quitte en rendant la libéralité ou le legs, parce que ſon acceptation n'a pu le lier, & qu'il s'en fait relever. *Leg.* 33, *ff. de minoribus.*

Nous pouvons obſerver que ſuivant la Novelle 108, *cap.* 1, d'où a été priſe l'authentique *contra cùm rogatus*, *cod. ad Trebell.* un héritier qui n'eſt grévé de rendre l'hérédité qu'en l'état où elle ſe trouvera à ſa mort, ou ce qu'il aura de reſte de l'hérédité à ſon décès, peut aliéner juſqu'aux trois quarts de ladite hérédité, & ne laiſſer au ſubſtitué que le quart reſtant, pourvu toutefois qu'il ait aliéné & diſpoſé des biens, de bonne foi, & non en intention d'anéantir le fidéicommis. Il y a pourtant un Arrêt du Parlement de Toulouſe du 1 août 1732 rendu après partage, qui ne s'eſt pas conformé à cette déciſion : Jean Vayſſiere avoit inſtitué héritiere Marguerite Vidal, ſa femme, pour de ſon hérédité faire & diſpoſer à ſes plaiſirs & volontés, à la charge ſeulement de rendre ſon hérédité en l'état qu'elle ſe trouveroit à la fin de ſes jours à Jacques & Pierre Vayſſiere, ſes freres; les ſubſtitués demanderent à l'héritier de Marguerite Vidal le remplacement d'une partie de 856 liv. qu'elle avoit levé des biens délaiſſés par le teſtateur : il fut jugé qu'il devoit remplacer cette ſomme, & que la clauſe du teſtament, quelqu'ample qu'elle fût pour l'héritiere grévée, n'avoit pu lui donner le droit de diminuer ſans néceſſité les biens ſubſtitués, mais ſeulement la diſpenſer de rendre compte ou de repréſenter les mêmes effets : la clauſe dont il s'agit, eſt aſſez uſitée dans les teſtamens entre mariés; cependant

on n'a pas prétendu en France qu'elle laissât la liberté de disposer des trois quarts de l'hérédité au préjudice du substitué, comme le permet la Novelle citée ; on crut que cela seroit trop dangereux pour les conséquences. Voyez la Loi 54, *ff. ad Trebellianum.*

§. 3. *Verba autem fideicommissorum hæc maximè in usu habentur, peto, volo, rogo, mando, fidei tuæ committo.*

Nous avons déja dit ailleurs que les substitutions fidéicommissaires peupeuvent se faire non seulement par paroles obliques de priere, de charge, ou d'injonction, mais même en tous autres termes directs, pourvu qu'ils démontrent suffisamment la volonté que le testateur a eu de faire un fidéicommis, suivant la Loi 2, *cod. communia de legatis*; comme, par exemple, quand il a dit, *je substitue à mon héritier un tel*, ou bien, *je suis assuré, je desire, je ne doute point, je veux, je me confie que mon héritier rendra à un tel, &c.* sur quoi on peut voir l'Arrêt rapporté par *Catellan, livre* 2, *chapitre* 9 ; Voyez aussi *Ricard, des substitut. chapitre* 7, *partie* 1.

Mais des simples termes de recommandation ou de pur conseil ne sont pas suffisans pour établir un fidéicommis, *Maynard, livre* 5, *chapitre* 82 ; *Cambolas, livre* 1, *chapitre* 18, quoiqu'en dise *Albert, lettre T. article* 22.

TITRE XXV.

De Codicillis.

DANS les Pays Coutumiers on ne fait point de différence entre les testamens & les codiciles, ou plutôt les testamens n'y sont, à proprement parler, que des codiciles ; parce que l'institution d'héritier qui fait le caractere & l'essence du testament en Pays de Droit Ecrit, n'a pas lieu dans les Pays de Coutume, & y est inutile pour la validité de la disposition ; delà vient qu'on n'y nomme que des légataires universels pour les biens dont la Coutume permet de disposer : ensorte que, quand même le légataire universel seroit qualifié d'héritier, cela n'empêcheroit pas que le plus proche parent ne fût d'abord saisi de l'hérédité, & que ce ne fût à ce plus proche successeur légitime que la délivrance du legs universel dût être demandée ; mais dans les Pays régis par le Droit Ecrit on suit la distinction que Justinien fait dans ce Titre d'entre les testamens & les codiciles : ceux-ci sont en effet des actes moins solemnels, & une maniere de disposer différente des testamens.

§. 1.

§. 1. *Non tantùm teſtamento facto poteſt quis codicillos facere, ſed & inteſtatus quis decedens fideicommittere codicillis poteſt, &c.*

Suivant ce qui eſt dit dans ce paragraphe, on peut non ſeulement faire des codiciles après avoir fait un teſtament, mais on peut auſſi faire un codicile *ab inteſtat* & indépendamment de tout teſtament, la Loi faiſant ſubſiſter alors cet acte par ſoi-même, en feignant que l'héritier *ab inteſtat* eſt inſtitué héritier, & que les diſpoſitions y contenues ſont priſes de ſa main. *Leg.* 16, *ff. de jure codicillorum.*

Ce texte enſeigne auſſi qu'on peut faire un codicile avant de faire teſtament, tout comme après avoir fait teſtament, & que quoique ce codicile antérieur n'ait pas été confirmé par le teſtament ſubſéquent, cependant il ſubſiſte & vaut, s'il n'a pas été révoqué en tout ou en partie par le teſtateur.

Auſſi les codiciles faits par une perſonne qui a teſté, ſoit avant, ſoit après ſon teſtament, s'y rapportent & en reçoivent leur force; d'où il arrive que quand le teſtament eſt nul, il entraîne auſſi la nullité du codicile, ſoit antérieur, ſoit poſtérieur, qui en eſt regardé comme une partie & une dépendance. *Vid. Vinnius, hîc. Pereſius, en ſon Code, tit. de codicillis, n.* 5; *Ricard, tom.* 1, *part.* 1, *chap.* 5, *ſect.* 3, *n.* 1408.

On a demandé ſi un teſtament nul par quelque défaut de formalité ne peut pas être confirmé par un codicile poſtérieur, quoique les mêmes diſpoſitions n'y ſoient pas répétées. *Ricard, tom.* 1, *part.* 1, *chap.* 5, *ſect.* 9, *n.* 1619, a cru que non, de même qu'*Henrys, tom.* 1, *liv.* 5, *queſt.* 5, *de l'édit. de* 1708, où il ajoute que les légats même portés par un tel codicile, comme dépendans du teſtateur, ne ſont point dûs; cependant leur opinion eſt contraire à la Loi 2, §. *ult. ff. de jure codicillorum*, & à la Loi 1, *cod. de codicillis*, de même qu'à l'Arrêt rapporté par *Soefve, tom.* 2, *cent.* 3, *chap.* 40; & c'eſt contre leur avis que la queſtion a été même jugée par un Arrêt du Parlement de Toulouſe du 13 ſeptembre 1727, au rapport de M. La Roque : car il faut donner à un codicile qui confirme le teſtament précédent, quoiqu'en général & ſans en répéter les diſpoſitions, le même effet qu'à une clauſe codicillaire inſérée dans un teſtament.

§. 2. *Directò codicillis hæreditas neque dari neque adimi poteſt, ſed per fideicommiſſum jure relinquitur.*

On ne peut pas dans les regles ni laiſſer ni ôter une hérédité directement que par un teſtament, & non par un codicile, cela n'eſt permis qu'à l'homme de guerre, *Leg.* 36, *ff. de teſtamento militis*; cependant cette différence

des teſtamens & des codiciles ſe réduit à peu de choſe, par pluſieurs raiſons.

La premiere, parce qu'il n'y a preſque point de teſtament fait en Pays de Droit Ecrit qui ne contienne la clauſe codicillaire, au moyen de laquelle le teſtament qui ne peut valoir comme teſtament par quelque défaut de formalité ou à cauſe de la caducité de l'inſtitution héréditaire, vaut néanmoins comme codicile, ainſi que nous l'avons obſervé ſur le Titre *de fideicommiſſ. haredit* §. 10; enſorte que, malgré le défaut des formalités néceſſaires, les ſucceſſeurs légitimes ſont cenſés privés, en vertu de ladite clauſe codicillaire, de rendre l'hérédité ſans délai à l'héritier inſtitué, en retenant toutefois la quarte.

De même dans un codicile fait avec le nombre de cinq témoins qui y eſt requis, & où on aura fait une inſtitution directe, cette inſtitution ſe convertira en fidéicommis, & les ſucceſſeurs *ab inteſtat* ſeront également cenſés chargés de rendre l'hérédité à cet héritier, en diſtrayant la quarte, *Leg.* 13, §. 1, *ff. de jure codicill. Vinnius, hîc. n.* 3, *in fine.*

La ſeconde raiſon conſiſte en ce qu'un acte qualifié même de codicile & contenant inſtitution d'héritier, mais dans lequel on trouvera les formalités requiſes pour les teſtamens, vaudra même comme un teſtament en faveur de l'héritier inſtitué, & ſans détraction de quarte pour les ſucceſſeurs légitimes, la qualification donnée à l'acte étant alors très-indifférente, *Leg.* 14, *cod. de teſtam.* & *Godefroy, ibid. non enim codicillum, ſed teſtamentum aviam veſtram facere voluiſſe, inſtitutio & exharedatio probant evidenter, dict. Leg.* 14.

Enfin, la derniere raiſon eſt priſe de ce qu'on peut même donner une entiere hérédité par un codicille, & y faire tout ce qu'on pourroit faire par un teſtament, n'y ayant pour cela qu'à prohiber la quarte trébellianique, c'eſt-à-dire, charger l'héritier inſtitué dans le précédent teſtament, s'il en a été déja fait un, ou les ſucceſſeurs *ab inteſtat*, de rendre l'hérédité ſans aucune détraction de quarte, puiſqu'en effet la quarte peut être prohibée par un codicile, ainſi que nous l'avons montré ci-devant ſur le Titre *de Lege Falcidiâ, in princip.*

Neque conditionem haredi inſtituto codicillis adjicere, &c.

On ne peut pas, ſuivant ce texte, lorſqu'un héritier a été purement inſtitué, ajouter par des codiciles une condition à cette inſtitution, parce qu'en le faiſant on lui ôte directement l'hérédité en défaut de ladite condition; & lorſque par un teſtament on a inſtitué un héritier ſous certaine condition, on ne peut pas ôter cette condition par un codicile, parce que c'eſt lui donner purement l'hérédité qu'il n'auroit pas eue, ſi ladite condition étoit venue à manquer.

Tout cela n'eſt pas néanmoins ſans quelque difficulté, ſuivant nos mœurs

& nos uſages, d'autant mieux que par le Droit des Novelles on peut même prohiber la quarte par un codicile, ainſi que nous venons de le dire, & ôter ainſi le quart de l'hérédité. Auſſi j'ai vu décider en Conſultation, qu'un pere qui avoit inſtitué ſon fils aîné par ſon teſtament, & au cas de décès ſans enfans lui avoit ſubſtitué ſon ſecond fils, avoit pu valablement par un codicile poſtérieur changer totalement cette condition, & ſubſtituer à ce fils aîné qui n'avoit que des filles de ſon mariage, ſon ſecond fils, au cas que cet aîné vînt à mourir ſans enfans mâles; il eſt vrai que ce texte ne parle pas préciſément du changement de la condition.

On trouve encore dans l'*ancien Albert*, *verb. teſtament*, *art.* 37, & dans le *nouveau*, *lettre T. chap.* 17, un Arrêt qui jugea qu'un pere, après avoir inſtitué par ſon teſtament les poſthumes dont ſa femme étoit enceinte, laquelle accoucha d'une fille, & quelque tems après d'un garçon, enſorte que l'inſtitution héréditaire ſe rapportoit à tous les deux, avoit pu néanmoins par un ſimple codicile fait vingt années enſuite, dans lequel il avoit même confirmé ſon teſtament, expliquer cette inſtitution, ou donner l'entiere hérédité à ſon fils, en léguant ſimplement quelque choſe à ſa fille.

Auſſi paroît-il par les articles 11 & 12 du titre 1 de l'Ordonnance des Subſtitutions de 1747, qu'il n'y a proprement que les inſtitutions ou ſubſtitutions contractuelles dont les clauſes ne peuvent être révoquées ni changées, augmentées ou diminuées par aucune diſpoſition ou même convention poſtérieure.

§. 3. *Codicillos etiam plures quis facere poteſt.*

Une perſonne ne peut pas faire pluſieurs teſtamens qui ſoient également valables, car le dernier teſtament parfait révoque de plein droit le premier, §. 2, *inſtit. quibus modis teſtam. infirm.* au lieu qu'elle peut faire pluſieurs codiciles différens & tous valables, ſauf à ce qui ſeroit dérogé aux précédens par les derniers, *Leg.* 6, §. 1, *de jure codicillorum*, *Leg.* 3, *cod. de codicillis*; mais dans les Pays Coutumiers, les teſtamens n'étant que des codiciles, une même perſonne peut y faire pluſieurs teſtamens qui aient leur effet, ſi ce n'eſt qu'ils fuſſent directement contraires, comme s'il y avoit des légataires univerſels différens, ou que le poſtérieur révoquât expreſſément le premier.

Et nullam ſolemnitatis ordinationem, deſiderant.

On ne peut pas dire abſolument que le codicile ne requiert aucune ſolemnité, quoiqu'on y en exige moins qu'aux teſtamens, puiſque, ſuivant le Droit, il faut que le codicile ſoit fait avec cinq témoins qui le ſignent en même tems *& uno contextu*, *Leg. ult.* §. *ult. cod. de codicillis*; & c'eſt à ce propos que l'article 14, de l'Ordonnance des Teſtamens de 1735, porte que la forme qui a eu lieu juſqu'à préſent à l'égard des codiciles, conti-

nuera d'être obſervée, & qu'il ſuffira qu'ils ſoient faits en préſence de cinq témoins, y compris le Notaire ou Tabellion, ce qui indique en même tems qu'ils ne peuvent être faits & retenus que par écrit, & qu'on n'en recevroit pas la preuve vocale, comme prohibée par l'art. 1, de ladite Ordonnance, quoique la preuve par témoins en fût auparavant reçue, ainſi que l'obſerve *Graverol ſur La Roche*, *liv.* 4, *verb. teſtament*, *art.* 15; il faut même que la date des jour, mois & an, y ſoit exprimée, à peine de nullité, ſuivant les art. 38 & 47 de la même Ordonnance.

On jugeoit encore ci-devant que le Notaire pouvoit ſervir auſſi de cinquieme témoin dans les codiciles, ce qui eſt confirmé par l'art. 14, de ladite Ordonnance déja citée.

On jugeoit de plus que les femmes pouvoient être témoins aux codiciles, *Dolive*, *liv.* 5, *chap.* 3; mais aujourd'hui il faut tenir le contraire depuis l'Ordonnance de 1735, art. 40, qui parlant en général des témoins, exige qu'ils ſoient mâles; & cet article 40 n'eſt qu'une ſuite de l'article 39, où il eſt parlé de tous les actes à cauſe de mort où la préſence des témoins eſt néceſſaire.

Du reſte, l'article 14 déja cité a déclaré néanmoins n'entendre pas déroger aux Statuts ou Coutumes des lieux qui exigent moins de cinq témoins aux codiciles, comme à Montpellier où le Statut n'en requiert que trois pour toute ſorte de diſpoſitions à cauſe de mort, & à Toulouſe où la Coutume n'en exige que deux.

On peut remarquer en finiſſant, que quoique le teſtament fait par le fils de famille ne ſoit pas valable, bien qu'il devienne *ſui juris*, le codicile qu'auroit fait le fils de famille, vaut, s'il décede *ſui juris*, parce que n'ayant pas révoqué le codicile, il eſt cenſé avoir perſévéré dans cette volonté juſqu'à la mort, & que les codiciles valent preſque ſans ſolemnité par la ſeule volonté du codicillant. *Leg.* 1, §. 1, *ff. de legat.* 3°.

Fin du ſecond Livre.

LES

LES INSTITUTIONS DU DROIT FRANÇOIS,

SUIVANT L'ORDRE DE CELLES DE JUSTINIEN,

ACCOMMODÉES A LA NOUVELLE JURISPRUDENCE, DIVISÉES EN QUATRE LIVRES.

LIVRE TROISIEME.

TITRE PREMIER.

De Hæreditatibus quæ ab inteſtato deferuntur.

NOUS venons de dire ſur le Titre *de codicillis*, que dans les Pays Coutumiers la ſucceſſion légitime ou légale eſt toujours la premiere en ordre; cela fondé ſur la regle priſe de l'article 318 de la Coutume de Paris, où il eſt dit que *le mort ſaiſit le vif, ſon hoir plus proche & habile à lui ſuccéder*, enſorte que les légataires même univerſels ſont obligés de demander la délivrance de leurs legs aux ſucceſſeurs légitimes qui ſont ſaiſis tout d'abord de la ſucceſſion, d'autant mieux que les Coutumes ne permettent de diſpoſer par teſtament ou autre acte de derniere volonté que d'une certaine quantité & qualité de

biens : celle de Paris, par exemple, en l'article 292, ne permet de disposer par testament que de ses biens meubles, acquêts & conquêts immeubles, & de la cinquieme partie de ses héritages propres; & ainsi des autres Coutumes qui restraignent, les unes plus, les autres moins, la liberté de tester.

Dans les Pays de Droit Ecrit au contraire la succession légitime ne vient qu'après le testamentaire, parce qu'il est libre d'y disposer par testament de tous ses biens comme l'on veut; que la regle, *le mort saisit le vif*, y a lieu aussi-bien à l'égard de l'héritier testamentaire, qu'à l'égard des successeurs légitimes, *Ferrieres*, *in quæst.* 496 *de Guypap. Fernand*, *ad Legem naturaliter*, *præfat.* 3, *n.* 27; & que ce n'est qu'à défaut de testament, ou quand une personne a fait un testament qui ne peut être valable, que la succession est déférée à ses plus proches héritiers du sang.

C'est de ces successions légitimes dont il est parlé dans ce Titre & dans les suivans, qui ont été pourtant presqu'entierement changées à cet égard, de même que les Loix du Digeste & du Code concernant la maniere de succéder, par l'Empereur Justinien lui-même dans sa Novelle 118, laquelle sert aujourd'hui de regle en cette matiere dans les Provinces de Droit Ecrit.

Les successions sont distinguées en trois classes ou trois ordres : la premiere est la succession en ligne directe descendante, la seconde est la succession directe ascendante, & la troisieme est la succession collatérale; mais avant de parler en détail de ces trois ordres de succession, il est bon de dire un mot des incapacités générales qui excluent du droit de succéder.

En premier lieu, on tient pour incapable de succéder toute personne qui se trouve condamnée à mort civile, même par défaut & par contumace, lors de l'ouverture de la succession à laquelle elle se trouve appellée : il est vrai que si elle se représente pour se justifier, c'est comme s'il n'y avoit jamais eu de condamnation, & son absolution ou son relâxe a même un effet rétroactif pour les successions qui lui avoient été déférées pendant la contumace; mais si cette personne meurt sans s'être représentée, & que ses parens ou autres parties intéressées ne purgent pas sa mémoire, elle est réputée morte civilement du jour de l'exécution figurative de la Sentence : il faut voir ce que nous avons dit plus au long à ce sujet sur le §. 10 du Titre *de nuptiis*, au Livre premier.

Catellan, *liv.* 2, *chap.* 68, observe seulement, que quoiqu'il soit vrai que l'absolution du condamné par défaut ait un effet rétroactif pour les successions à lui échues durant la contumace & depuis qu'il étoit mort civilement, la prescription du crime par vingt ans ou bien par trente ans, lorsqu'il y a eu exécution figurative, n'a pas le même effet, parce que, si bien qu'elle mette le prévenu à couvert de toute poursuite par le moyen de

l'exception que le tems lui fournit, elle n'eſt pas pourtant une preuve de ſon innocence.

Mais on tient communément que le condamné par contumace à mort naturelle ou civile, qui par la preſcription ſe trouve à couvert de la peine, récouvre pour l'avenir la capacité de ſuccéder & les effets civils. *Vid. La Peyrere, lettre S. n.* 212.

En ſecond lieu, les perſonnes qui ont fait profeſſion expreſſe de la Vie Religieuſe, ne ſont pas non plus capables de ſuccéder : car outre que nous n'obſervons pas l'authentique *ingreſſi, cod. de ſacroſanct. Eccleſ.* qui privoit les parens de celui qui entroit en Religion de lui ſuccéder, en appliquant ſa ſucceſſion au Monaſtere, *Cambolas, liv.* 1, *chap.* 30; *Duranti & Ferrieres, queſt.* 6, nous n'obſervons pas non plus la Loi *Deo nobis* 56, *cod. de Epiſc. & Cleric.* qui déclaroit les Moines capables de ſuccéder : au contraire par la Coutume générale de France les Religieux Profès, quels qu'ils puiſſent être, ſoit Chevaliers de Malthe, ou autres, ne peuvent pas ſuccéder à leurs parens, ni le Monaſtere pour eux; c'eſt même la diſpoſition de l'article 337 de la Coutume de Paris. *Cambolas, dict. loc. Ricard, tom.* 1, *part.* 1, *chap.* 3, *ſect.* 5, *n.* 305, *& ſuiv. Le Brun, des ſucceſſ. liv.* 1, *chap.* 2, *ſect.* 2.

La ſécularisation des Monaſteres & Abbayes n'empêche pas même que les Religieux, qui par ce moyen ſont faits Chanoines, ne demeurent toujours incapables des ſucceſſions & des autres effets civils; il n'y a que ceux qui ſont inſtitués après la Bulle de Sécularisation publiée, qui jouiſſent, quant aux effets civils, de l'effet de la ſécularisation, *Ricard, ibid. n.* 3 *&* 318; un Religieux même fait Evêque eſt incapable de ſuccéder, quoique d'un autre côté ſes parens au contraire lui ſuccedent aux biens qu'il a acquis depuis ſa promotion à l'Epiſcopat, & c'eſt-là un des cas eſquels on ſuccede à celui qui ne peut pas nous ſuccéder, *Ricard & Le Brun, dict. loc.* d'où le même *Ricard* conclut que le Religieux fait Evêque peut même diſpoſer par donation ou par teſtament des biens qu'il a acquis du revenu de ſes Bénéfices.

Nous tenons auſſi pour une maxime conſtante dans ce Royaume, que les plus proches parens des Gens d'Egliſe & Eccléſiaſtiques ſéculiers leur ſuccedent en défaut de teſtament ou autte diſpoſition, ſuivant l'art. 336 de la Coutume de Paris, & qu'ils leur ſuccedent même aux biens acquis des fruits de leurs Bénéfices, & aux arrérages de ces mêmes fruits échus durant leur vie ou pendans lors de leurs décès, au *pro ratâ* du tems que le Bénéficier défunt a ſervi dans l'année dudit décès, ainſi que nous l'avons remarqué ſur le §. 36, *de rerum diviſione* au Livre ſecond. *Vid. Ferrieres, in quæſt.* 110 *de Guypap.*

Pareillement les Eccléſiaſtique ſéculiers qui ne ſont liés par aucuns vœux, peuvent ſuccéder à leurs parens auſſi bien que teſter, *Le Brun & Ricard,*

dict. loc. même les Prêtres de l'Oratoire peuvent succéder, parce que c'est une Société de personnes qui sortent de leur Congrégation quand il leur plaît, qui sont capables des effets civils, & le droit de pouvoir posséder des biens & de succéder leur a été accordé par deux Déclarations du Roi Louis XIII. de 1611, & de 1629.

Il a été rendu à l'égard des Peres de la Congrégation de la Doctrine Chrétienne une Déclaration ou Lettres Patentes du mois de septembre 1726, qui porte que ceux qui ayant fait leurs vœux dans cette Congrégation, en seront congédiés avant l'âge de vingt-cinq ans accomplis, pourront rentrer dans tous leurs droits, mais sans restitution des fruits jusqu'au jour de leur demande ; mais à l'égard de ceux qui en sont congédiés après l'âge de vingt-cinq ans complets, ils ne peuvent recueillir aucunes successions directes ou collatérales. Il y a sur ce sujet une autre Déclaration du 16 juillet 1715 concernant les Jésuites.

En troisieme lieu, les étrangers ou aubains non naturalisés sont non seulement exclus de disposer à cause de mort des biens qu'ils ont en France, comme nous l'avons déja dit sur le §. 5, du Titre *quibus non est permissum facere testam.* mais ils sont également exclus & incapables de succéder en France à leurs parens ou autres regnicoles.

Cependant quand un étranger, quoique non naturalisé, a des enfans légitimes, nés & résidans en France où il s'est marié, ces enfans lui succedent, tout comme ils peuvent être par lui institués héritiers. *Vid. Maynard, liv.* 5, *chap.* 80, *n.* 6; *Cambolas, liv.* 3, *chap.* 27; *Bacquet, du droit d'aubaine, part.* 4, *chap.* 32; *Brodeau sur Louet, lettre A. chap.* 16; il y a plus de difficulté, suivant ces mêmes Auteurs, à des simple parens de l'étranger, quoique nés & demeurant en France; toutefois *Brodeaux, ibid.* & quelques aurres leur donnent le même privilege qu'aux enfans dans certaines circonstances.

Le François qui est allé s'établir sans permission du Roi en un Pays étranger, dans le dessein d'y faire une perpétuelle demeure, perd aussi le droit de cité, & par conséquent il perd non seulement le droit de tester des biens qu'il a en France, mais encore celui de succéder à ses parens regnicoles, soit *ab intestat*, ou par testament; & au contraire ce sont ses plus proches parens qui profitent des biens qu'il délaisse dans le Royaume: sur quoi, voyez *Louet & Brodeau, dict. loc. Bacquet, du droit d'aubaine, chap.* 38; *Le Brun, des succeff. liv.* 1, *chap.* 2, *sect.* 4.

Les Sujets du Roi qui ont même quitté le Royaume pendant les troubles pour cause de Religion, ou leurs enfans qui ne sont pas revenus en France dans les délais accordés par les D-clarations du Roi, ont été exclus des biens qu'ils avoient quitté dans le Royaume, de même que d'avoir part aux successions échues pendant le tems de leur absence. Cela a été jugé en dernier lieu par un Arrêt du Parlement de Toulouse du 28 janvier 1733 : il

il en eſt autrement à l'égard des ſucceſſions qui leurs ſont échues depuis leur retour, leur ſerment de fidélité & leur abjuration. Voyez *les Déclarations du Roi des 29 décembre 1698, 27 octobre 1725, & autres Edits & Déclarations concernant ceux de la Religion Prétendue Réformée.* Mais revenons préſentement à l'article des ſucceſſions.

De la ſucceſſion des enfans & deſcendans à leurs aſcendans.

1°. Suivant la Novelle 118, *cap.* 1, les enfans ſuccedent à leurs pere ou mere décédés, à l'excluſion de tous aſcendans & de tous collatéraux, & ils leur ſuccedent par égales parts, ſoit mâles ou filles, nés ou poſthumes, émancipés ou non émancipés, ce qui eſt très conforme au Droit naturel; mais on ne met pas au nombre des enfans capables de ſuccéder, ceux qui ſont nés morts, ou qui naiſſent ſans avoir la forme humaine & dégénerent en monſtre, ni ceux qui ne naiſſent pas viables, c'eſt-à-dire, en un tems où ils puiſſent vivre, comme ceux qui naiſſent avant le ſeptieme mois de leur conception: & là-deſſus il faut voir ce que nous avons dit ſur le Titre *de exhæredatione liberorum*, §. 1, au Livre précédent.

Les enfans naturels ou bâtards ne ſont pas non plus comptés au rang des enfans capables de ſuccéder, *quia neque genus neque gentem habent*, s'ils n'ont été légitimés par mariage ſubſéquent, ou par Lettres du Prince obtenues tandis qu'on n'a pas des enfans vrais légitimes; il faut même que leſdits enfans bâtards ne ſoient ni adultérins ni inceſtueux: nous avons expliqué tout cela ſur le Titre *de nuptiis*, §. 12 & 13.

Les enfans nés des mariages clandeſtins & tenus cachés pendant la vie des peres & meres ſont auſſi déclarés incapables de ſuccéder par l'article 5 de la Déclaration du Roi du 16 novembre 1639, de même que par l'article 6 de la même Déclaration ceux qui ſont nés des mariages contractés à l'extrêmité de la vie par des perſonnes qui ont vécu dans une débauche précédente; ce qui ſe trouve renouvellé par l'Edit du mois de mars 1697, nous en avons également parlé ſur les §. 12 & 13, du Titre *de nuptiis*.

L'article 6 de la Déclaration de 1639 déja citée a réglé auſſi que les enfans procréés d'une perſonne qui ſe marie, après avoir été condamnée même par défaut à une peine emportant mort civile, ſeroient incapables de toutes ſucceſſions, ſi leurs pere ou mere n'ont été rétablis dans leur premier état avant leur décès: il n'y a qu'à rappeller ce que nous avons dit encore là-deſſus ſur le §. 10, du même Titre *de nuptiis*.

2°. En défaut de tous les enfans tenant le premier degré, les enfans du ſecond degré, c'eſt-à-dire, les petits-fils ou leurs deſcendans mâles ou filles à l'infini, ſont appellés à la ſucceſſion; de ſorte néanmoins que tous les enfans de chacun des enfans du premier degré ſuccedent par ſouches, & n'ont que la même portion des biens qu'auroit eu leurs pere ou mere,

§. 6, *hoc tit. Vinnius*, *ibid. Catellan*, *liv.* 2, *chap.* 18, quoi qu'en dise *Ferrieres*, *in quæst.* 134 *de Guypap.* & de même lorsque quelqu'un des enfans du premier degré est prédécédé laissant des enfans, ces petits-fils succedent par droit de représentation conjointement avec les autres enfans du premier degré par souches, & non par têtes; ensorte qu'ils n'ont que la même portion qu'auroit eu l'enfant qu'ils représentent, *Novell.* 118, *cap.* 1; ce qui est même conforme à l'article 319 de la Coutume de Paris. *Vid. Le Brun*, *des succeſſ. liv.* 3, *chap.* 5, *sect.* 2, *n.* 1.

Que si quelqu'un des enfans du premier degré se trouve incapable de succéder pour être mort civilement lors du décès de leur pere, les enfans de cet incapable prennent sa place à l'effet de succeder à leur ayeul, *Leg. si quâ pœnâ*, *ff. de his qui sui vel alieni juris sunt* : car la représentation de celui qui est mort civilement ou naturellement, est de droit en faveur des descendans.

Il en doit être de même, quand les enfans du premier degré ou quelqu'un d'eux renoncent à la succession, ou la répudient : car alors les enfans du second degré qui les suivent, sont appellés à la succession, & prennent sa place, quoi qu'en ait pensé au contraire *Le Brun*, *liv.* 1, *chap.* 4, *sect.* 6, *distinct.* 1, qui dit que l'enfant ne peut pas représenter son pere vivant : car la renonciation doit produire le même effet que l'incapacité, *Ricard*, *tom.* 1, *part.* 3, *chap.* 8, *sect.* 3, *n.* 916; & en effet les petits-fils viennent alors de leur chef à la succession, & représentent plutôt le degré que la personne du renonçant; cette distinction est conforme aussi à la doctrine de *Catellan*, *liv.* 2, *chap.* 42; *& Vedel*, *ibid.*

Mais lorsque l'enfant du premier degré se trouve exclus de la succession par indignité provenant du crime de meurtre du défunt, il en est autrement; car ses enfans nés ou à naître en sont toujours pareillement exclus; & c'est une regle générale que les enfans d'un meurtrier sont toujours comme lui déclarés incapables & indignes de la succession de celui qui a été tué, laquelle est adjugée à ses autres parens les plus proches, *Le Brun*, *des succeſſ. liv.* 1, *chap.* 4, *sect.* 6, *distinct.* 3, *& liv.* 3, *chap.* 9; où il excepte pourtant les enfans du mari qui auroit tué sa femme, lesquels il croit devoir être admis à la succession de leur mere.

C'est encore une question, de savoir si les enfans du fils qui a été justement exhérédé par le testament de son pere, peuvent succéder à leur ayeul, ou s'ils sont exclus de sa succession; sur quoi l'on distingue : car si le fils exhérédé a survécu à son pere, ses enfans sont exclus également de succéder à leur ayeul; si au contraire le pere exhérédé est prédécédé, ses enfans viennent alors de leur chef à la succession de l'ayeul, comme rempliſſant le premier degré qui se trouvoit vuide. On doit pourtant excepter le cas où l'exhérédation auroit été prononcée contre le fils pour s'être marié sans le consentement de l'ayeul, car cette exhérédation nuiroit

également aux petit-fils, comme nous l'avons expliqué ci-devant sur le §. 2, *de exhæred. liber.* en parlant de la prétérition des enfans.

3°. Il faut savoir que les enfans ne peuvent pas prendre leur part de la succession de leurs pere ou mere, qu'ils ne rapportent dans la masse des biens les donations, soit en faveur de mariage, ou autres donations entre-vifs, & les dots qu'ils peuvent en avoir reçus, comme le tout étant censé leur avoir été donné en avancement d'hoirie, *tot. tit. cod. de collationib. Le Brun, liv.* 3, *chap.* 6, *sect.* 1.

Ce rapport a également lieu, lorsque les petits-fils succedent seuls en défaut d'enfans en premier degré, ou qu'ils succedent avec d'autres enfans du premier degré : car ils sont obligés de rapporter les uns aux autres ce qui leur a été donné par l'ayeul, ou aux enfans en premier degré dont ils sont descendans, quand même lesdits petits-fils répudieroient l'hérédité de leur pere ou mere. *Leg. illam* 19, *cod. de collationib. Maynard, liv.* 8, *chapitre* 58.

Seulement les petits-fils ne sont pas tenus de rapporter aux enfans du premier degré les donations que leurs ayeuls leur ont fait en leur propre du vivant de l'enfant dont ils descendent, attendu qu'alors ils n'avoient aucune part en la succession du donateur.

Ce rapport dans l'ancien Droit n'avoit lieu qu'en la succession *ab intestat*, & non dans la succession testamentaire, à moins que le testateur ne l'eût expressément ordonné ; mais par le Droit nouveau il a lieu, non seulement lorsque l'on veut prendre part dans la succession *ab intestat*, mais encore en la succession testamentaire, c'est-à-dire, entre des cohéritiers à titre universel institués par un testament, & dans les cas auxquels il auroit lieu *ab intestat*, sinon que le testateur l'ait défendu ou ait dispensé expressément du rapport, *Novell.* 18, *cap.* 6, *& authent. ex testam. cod. de collationib. Catellan, liv.* 2, *chap.* 17, *& chap.* 90.

Les enfans ou descendans sont également tenus de rapporter les fruits ou intérêts qu'ils ont perçus des choses données depuis le décès du donateur, *Leg.* 5, §. 1, *ff. de collat. dotis* ; mais l'enfant n'est pas obligé de rapporter les fruits qu'il a perçus du vivant du pere ou mere qui lui a donné, parce qu'étant possesseur de bonne foi, il est vrai de dire qu'il fait les fruits siens jusqu'au jour qu'il vient à avoir part aux fruits de l'entiere succession, qui est celui auquel elle est échue. *Carondas, liv.* 3, *de ses Pandectes, chap. dernier.*

Le rapport dont on vient de parler, n'a lieu au surplus qu'entre les enfans qui succedent ou héritent à titre universel, mais non pas entre les héritiers particuliers, *Leg.* 39, §. 1, *ff. Famil. erciſc.* non plus qu'entre les légataires, *Leg.* 4, *ff. de collat. dotis*, ni entre l'héritier universel & les légataires.

Il n'a pas lieu non plus entre les étrangers ou non descendans institués

héritiers, *Maynard*, *liv.* 5, *chap.* 87, *in fine*, ni même entre les aſcendans qui ſuccedent à leurs deſcendans, ni entre les collatéraux.

Les enfans mêmes ne ſont pas tenus de rapporter, comme nous l'avons dit, les donations que l'aſcendant donateur a voulu en être exemptes, *dict. Novell.* 18, *cap.* 6, non plus que les prélegats qui leur ont été faits, *Leg.* 42, *ff. Famil. Erciſc.* ni les donations que les aſcendans leur ont fait par préciput & avantage, *Leg.* 13, *cod. de collationib. Graverol ſur La Roche*, *liv.* 2, *verb. légitime*, *art.* 3, *& liv.* 6, *tit.* 63, *art.* 18, où il ajoute pourtant que l'uſage eſt contraire à l'égard de la dot.

Mais du reſte, tout ce qui eſt imputable en la légitime, eſt ſujet auſſi au rapport, quoique tout ce qui eſt rapportable ne ſoit pas imputé en la légitime, & qu'on n'impute en la légitime que les choſes à l'égard deſquelles il y a une Loi expreſſe pour l'imputation, *Leg. illud*, *cod. de collationib. Le Brun*, *des ſucceſſ. liv.* 3, *chap.* 6, *ſect.* 3.

De la ſucceſſion des aſcendans à leurs deſcendans.

En défaut d'enfans ou deſcendans du défunt, ſes aſcendans lui ſuccedent à l'excluſion de tous autres parens, ſi l'on en excepte les freres ou ſœurs germains du défunt, lorſqu'il y en a, leſquels ſuccedent concurremment avec leſdits aſcendans; & ſi l'on en excepte encore les enfans des freres ou ſœurs germains prédécédés, leſquels concourent auſſi, pourvu toutefois que ces enfans viennent à la ſucceſſion avec quelqu'un de leurs oncles ou tantes; ce qui demande quelque explication.

1°. Lorſqu'il y a pluſieurs aſcendans, les plus proches en degré ſuccedent, ſans différence de ſexe, à l'excluſion des autres aſcendans plus éloignés, *Novell.* 118, *cap.* 2, *& authent. defuncto*, *cod. ad Tertilianum* : ainſi le pere & la mere, ſeuls ou tous les deux enſemble, excluent les ayeuls ou ayeules, comme ceux-ci excluent les biſayeuls & biſayeules : car la repréſentation n'a pas lieu en la ligne des aſcendans pour faire concourir les plus éloignés avec les plus proches, de façon même que les plus éloignés ne peuvent prétendre aucune légitime. *Catellan*, *liv.* 5, *chap.* 59.

Si donc le défunt a laiſſé ſes pere & mere, ils lui ſuccedent également, & s'il n'a laiſſé ni pere ni mere, mais d'autres aſcendans égaux en degré, les uns paternels, les autres maternels, la ſucceſſion ſe diviſe toujours entr'eux par moitié & par ſouches, quand même il y en auroit un plus grand nombre d'un côté que de l'autre; ce qui produit en ce cas une eſpece de repréſentation; de ſorte qu'un ayeul paternel aura autant lui ſeul comme un ayeul & une ayeule maternels avec leſquels il concourra, c'eſt-à-dire, qu'il aura la moitié de la ſucceſſion, tandis que les autres n'auront que l'autre moitié. *Dict. Novell.* 18, *cap.* 2, *& authent. defuncto*, *cod. ad Tertilianum.*

Mais la regle, *paterna paternis*, *materna maternis*, qui eſt obſervée dans les Pays Coutumiers, conformément aux art. 312 & 326 de la Coutume

tume de Paris, eſt inconnue abſolument dans les Pays de Droit Ecrit, où l'on n'a jamais diſtingué dans la ſucceſſion d'une perſonne décédée deux différens patrimoines, *quia, videlicet, unius duo patrimonia eſſe non videntur*, *Leg.* 30, §. 1, *ff. de excuſat. tutor.* & où ceux qui ſuccedent, ſoit aſcendans, ou collatéraux, prennent indifféremment les biens du défunt, de quelque côté & ligne qu'ils lui ſoient advenus, parce que la Novelle 118 ne fait aucune diſtinction à cet égard. *Vid. Maynard, liv.* 6, *ch.* 90.

La regle dont nous venons de parler, n'a pas même lieu dans les Pays de Droit Ecrit, entre les freres conſanguins & les freres utérins ſuccédans à un autre frere, quoi qu'en ait penſé *Graverol ſur La Roche, liv.* 3, *verb. ſucceſſion, art.* 5, à l'avis duquel *Maynard, ibid.* ſemble auſſi incliner : car bien que la Loi 13, *cod. de legitim. hæred.* & la Novelle 84 adjugeaſſent les biens maternels aux freres iſſus de la mere, & les biens paternels aux freres conſanguins, il eſt néanmoins vrai que cela ne peut plus avoir lieu; Juſtinien, en ſa préface de la Novelle 118, ayant abrogé formellement toutes les Loix antérieures en matiere de ſucceſſions, de ſorte que dans cette derniere Novelle il a admis, au défaut de freres germains, les freres conſanguins & utérins à ſuccéder également, ſans dire que les uns ſuccéderoient aux biens paternels & les autres aux biens maternels, d'où il ſuit par conſéquent qu'ils doivent ſuccéder à leur frere, ſans diſtinction des biens & de lignes, & par têtes, quand même le nombre ſeroit plus grand d'un côté que de l'autre, de même qu'il ſe pratique entre tous les collatéraux. *Vid. Le Brun, des ſucceſſ. liv.* 2, *chap.* 1, *ſect.* 2.

On n'obſerve pas non plus l'Edit donné en 1567 par le Roi Charles IX. appellé *l'Edit des meres*, ſuivant lequel les meres ne pouvoient ſuccéder à leurs enfans qu'aux meubles provenus d'ailleurs que de la ligne paternelle : cet Edit n'a jamais été reçu dans les Pays de Droit Ecrit, quoiqu'il ait été en uſage dans les Pays Coutumiers & dans quelqu'autres Pays régis par le Droit Ecrit du Reſſort du Parlement de Paris; il a même été par exprès entierement revoqué par un autre Edit donné à Verſailles au mois d'août 1729.

2°. Lorſque le défunt a laiſſé non ſeulement des aſcendans, mais encore des freres ou ſœurs germains, *ex utroque, ſcilicet, latere conjunctos*, ceux-ci concourent avec leſdits aſcendans, ſoit pere ou mere, ou en leur défaut ayeul ou ayeule; de ſorte que la ſucceſſion ſe diviſe alors par têtes & en autant de portions qu'ils ſont de perſonnes, ſuivant la Novelle 118, *cap.* 2, qui néanmoins dans cette occaſion prive le pere, en conſidération de la portion de ſucceſſion qui lui eſt accordée, de l'uſufruit des portions appartenant à ſes autres enfans, ainſi que nous l'avons obſervé ſur le Titre *per quas perſonas cuique acquir.* §. 1.

3°. Si avec les aſcendans & avec les freres ou ſœurs germains du défunt, il ſe trouve y avoir encore des enfans de quelque frere ou ſœur germain

prédécédé, ces enfans viennent & sont appellés pareillement à la succession, c'est-à-dire, qu'ils y concourent comme représentant leurs pere ou mere, de maniere que venant par représentation ils n'ont & ne peuvent avoir que la même portion que leurs pere ou mere auroient eu, s'ils eussent été vivans, suivant la Novelle 127, *cap.* 1, qui en ceci a corrigé la Novelle 118; mais il faut prendre garde que pour faire concourir ces enfans avec les ascendans, il faut qu'ils concourent aussi en même tems avec quelqu'un de leurs oncles ou tantes, freres ou sœurs germains du défunt, *dict. Novell.* 127, *cap.* 1; car autrement, & s'il n'y avoit aucun desdits freres ou sœurs germains survivans qui puisse, pour ainsi dire, leur donner la main ou les appeller à la représentation, les ascendans succéderoient seuls à l'exclusion desdits neveux du défunt, *Novell.* 118, *cap.* 2; *Maynard, liv.* 7, *chap.* 21; *Le Brun, liv.* 1, *chap.* 5, *sect.* 1, *n.* 13.

Et il suit encore de ceci que des petits-fils d'un frere du défunt, prédécédé, ne peuvent pas succéder avec les ascendans & les autres freres du défunt, *Novell.* 118, *cap.* 3, *versic. si autem cum fratribus*, attendu même qu'en la succession collatérale la représentation n'a point lieu au-delà des freres & des enfans des freres, comme nous le dirons ci-après.

Dès-là que les Novelles 118 & 127 n'appellent à la succession concurremment avec les ascendans, que les freres ou sœurs germains du défunt & les enfans desdits germains prédécédés, ainsi qu'on vient de l'expliquer: il faut donc conclure que les ascendans excluent tous les autres collatéraux; ainsi si le défunt n'a laissé que des freres ou sœurs, *ex uno tantùm latere conjunctos*, les ascendans, même ayeuls ou ayeules, les excluent, soit que ces freres ou sœurs, *ex uno latere*, soient enfans de l'ascendant qui succede, ou qu'ils ne le soient pas, & quoique ledit ascendant soit remarié.

Pareillement les ayeuls sont préférés aux oncles ou tantes même germains du défunt, c'est-à-dire, freres ou sœurs germains du pere ou de la mere du défunt; d'autant mieux que les ayeuls ou ayeules étant au second degré de parenté, doivent sans contredit exclure lesdits oncles ou tantes qui ne sont qu'au troisieme degré.

Au reste, le concours qui est accordé par les Novelles aux freres ou sœurs germains du défunt, & même aux enfans desdits germains pour succéder avec les ascendans, a fait naître une difficulté qui consiste à savoir, si les ascendans doivent succéder chacun en une portion virile & égale, lorsqu'il y a plus d'ascendans d'un côté que de l'autre qui succedent avec des freres germains du défunt; par exemple, lorsque le défunt a laissé dans la ligne ascendante son ayeul paternel d'un côté, & de l'autre son ayeul & ayeule maternels, & dans la ligne collatérale deux ou trois freres ou sœurs germains: il semble que comme aux termes de la Novelle 118, *cap.* 2, il faut diviser la succession en autant de portions qu'il y a de têtes, pour savoir qu'elle est la portion que doit avoir chacun des freres ou sœurs: *dividendâ inter eos hæreditate*

ſecundùm perſonarum numerum, uti & aſcendentium & fratrum, ſingulis æqualem habeant portionem, il faille auſſi adjuger à chacun deſdits aſcendans une portion virile & égale, & que l'ayeul & l'ayeule maternels en aient chacun autant que l'ayeul paternels; mais on a cru dans le Reſſort du Parlement de Toulouſe que cette interprétation alloit contre ces termes précédens de la même Novelle, *ut medietatem accipiant omnes à patre aſcendentes medietatem verò relinquam à matre aſcendentes quanticumque fuerint*, quoiqu'en cet endroit elle ne parle pas du concours des freres, qu'en un mot elle choquoit le partage *in ſtirpes* que la Novelle avoit établi entre les ayeuls & ayeules en égal degré, & que le concours des freres, lorſqu'il y en a, ne devoit y rien changer : c'eſt pourquoi on y ſuit la déciſion de *Fernand*, *tract. de hared. ab inteſtat. venient. n.* 24, & des Arrêts rapportés par *Maynard*, *liv.* 6, *chap.* 93; qui après avoir diviſé la ſucceſſion, afin de regler la part de chacun des freres ou ſœurs germains en autant de portions qu'il y a de têtes ou de perſonnes qui doivent ſuccéder, & en avoir adjugé une à chacun deſdits freres ou ſœurs, diviſent encore le total des portions reſtantes par le milieu, & en adjugent une moitié à l'ayeul paternel, & l'autre moitié à l'ayeul & l'ayeule maternels. *Vid. Fernand & Maynard*, *dictis locis.*

On peut remarquer, en finiſſant cet article que le ſimple convol des aſcendans en ſecondes noces ne leur porte aucun obſtacle pour ſuccéder à leur enfans même du premier lit, lorſqu'il n'y a pas d'autres enfans de ce premier lit ſurvivans; & lors même qu'il y en a, les aſcendans remariés ne ſont pas exclus de ſuccéder à leurs enfans du premier lit, en la manier que nous venons de l'expliquer, ſi l'on en excepte la portion de l'augment ou gain nuptial acquiſe à l'enfant du premier lit défunt : car le pere ou mere remariés, ſoit avant ou après le décès de l'enfant, ne ſuccedent pas à la propriété de cette portion qui appartient aux autres enfans, & n'en conſervent tout au plus que l'uſufruit, ainſi que de l'entier gain nuptial & des autres libéralités du premier conjoint. *Novell.* 22, *cap.* 23.

Et ſi l'on en excepte encore les biens parvenus à l'enfant défunt du chef de ſon pere ou de ſa mere prédécédés : car le conjoint remarié, ſoit avant ou après le décès dudit enfant, ne ſuccede non plus à ces biens que pour l'uſufruit de ſa portion, & la propriété en demeure aux autres enfans du premier lit ſurvivans. *Novell.* 22, *cap.* 46, §. 2.

De la ſucceſſion en ligne collatérale.

En défaut de deſcendans & d'aſcendans, les freres & les ſœurs du défunt ſont les premiers collatéraux appellés à la ſucceſſion, & après eux c'eſt toujours le parent ou les parens les plus proches qui ſuccedent ſans aucune diſtinction de ſexe : voilà quelle eſt la regle générale quant à la ſucceſſion en ligne collatérale; à quoi il y a pourtant quelques exceptions.

La premiere exception eſt priſe du double lien : car 1°. en défaut de deſcendans & d'aſcendans, quoique les freres & les ſœurs germains du défunt ſoient les premiers appellés à ſa ſucceſſion, les enfans des freres ou ſœurs germains prédécédés, s'il y en a, y concourent auſſi avec eux par droit de repréſentation, & par conſéquent par ſouches. *Novell.* 118, *cap.* 3, *& authent. ceſſante, cod. de legitim. hæred.*

De ſorte que les freres & ſœurs conſanguins ou utérins du défunt ſont exclus non ſeulement par les freres ou ſœurs germains, mais encore en défaut de ceux-ci par les enfans deſdits freres ou ſœurs germains prédécédés, comme repréſentant leur pere ou mere. *Dicto loco.*

Il faut cependant prendre garde que ſi les neveux, enfans des freres ou ſœurs germains du défunt, ſe trouvent venir à la ſucceſſion, ſans qu'il y ait aucun de leurs oncles ou tantes ſurvivans, c'eſt-à-dire, aucun des freres ou ſœurs du défunt, ſoit germains, ſoit conſanguins, ou utérins, mais y venir de leur chef propre ; ils ne peuvent pas en ce cas ſe prévaloir du double lien contre d'autres neveux, enfans des freres ou ſœurs *ex uno latere*, qui concourroient avec eux à ladite ſucceſſion, car ils y ſont appellés les uns & les autres par têtes, parcequ'alors les enfans des freres germains ne viennent pas par droit de repréſentation, *dict. Novell.* 118, *cap.* 3, *verſ. ſed & ipſi fratrum ; Dolive, livre.* 5, *chapitre* 35 ; *Maynard, livre* 6, *chapitre* 92.

Ainſi, par exemple, Jean meurt ſans enfans *ab inteſtat*, laiſſant Pierre ſon frere germain, & Jacques ſon frere conſanguin ou utérin ; Pierre ſuccédera à l'excluſion de Jacques ; & ſi Pierre étoit déja prédécédé laiſſant des enfans, ces enfans excluront encore Jacques par l'effet du double lien ; mais ſi Jacques étoit auſſi prédécédé laiſſant des enfans, ces enfans ſuccéderont avec les enfans de Pierre ſans aucun égard au double lien, enſorte que venant les uns & les autres de leur chef propre, ils participeront tous également & par têtes à la ſucceſſion de Jean, leur oncle. *Dict. loc.*

En un mot, les enfans des freres ou ſœurs germains prédécédés venant à la ſucceſſion avec quelqu'un des freres ou ſœurs germains du défunt ſurvivans, ils excluent tous enſemble les freres ou ſœurs du défunt *ex uno latere*, & à plus forte raiſon ils excluent les enfans de ceux-ci.

S'ils y viennent ſeulement avec des freres ou ſœurs du défunt *ex uno latere*, ils les excluent pareillement.

Mais s'ils n'y viennent qu'avec des enfans des freres ou ſœurs *ex uno latere*, prédécédés, ils ne les excluent pas.

Il faut pourtant remarquer que la répudiation que feroient les freres ou ſœurs du défunt, ſoit germains, ſoit *ex uno latere*, n'apporteroit aucun préjudice aux enfans des freres germains prédécédés, & que nonobſtant cette répudiation ils excluroient toujours tant les freres conſanguins ou utérins que les enfans deſdits freres ; parce qu'ils doivent toujours ſuccéder de

de la maniere que la succeſſion leur a été déférée dès la mort du défunt, & que la Novelle 118 ne parle que de la non-exiſtence des freres du défunt, & nullement de leur répudiation.

2°. L'effet ou la force du double lien n'a lieu qu'à l'égard des freres ou ſœurs, & des enfans en premier degré deſdits freres ou ſœurs, mais non au delà, parce que la repréſentation en ligne collatérale ne s'étend pas elle-même plus loin ; ainſi au delà des freres & enfans des freres on ne conſidere que la proximité du degré, & non le double lien, *Novell.* 118, *cap.* 3, *verſ. hujuſmodi*, *authent. poſt fratres*, *cod. de legitim. hæred. Maynard*, *liv.* 6, *chap.* 90 *&* 91 ; *La Roche & Graverol*, *liv.* 3, *verb. ſucceſſ. titr.* 7, *art.* 8.

De-là il ſuit que les petits-fils des freres germains n'ont aucun avantage ſur des petits-fils des freres ou ſœurs dudit défunt *ex uno tantùm latere*, avec leſquels ils ſe trouveroient concourir.

Pareillement les oncles & tantes du défunt, qui ne ſont conjoints que d'un côte au pere ou mere du défunt, ſuccedent par égales parts & par têtes avec les oncles ou tantes conjoints des deux côtés, ſans avoir aucun égard au double lien. *Maynard*, *livre* 6, *chapitre* 90 ; *Dolive*, *livre* 5, *chapitre* 35.

De plus, l'oncle qui ne ſeroit même que frere conſanguin ou utérin du pere du défunt, eſt préféré aux enfans de l'oncle qui ſeroit frere germain du pere dudit défunt, ſans s'arrêter au double lien, comme étant ledit oncle au troiſieme degré de parenté, & leſdits couſins germains au quatrieme. *Leg.* 6, *cod. commun. de ſucceſſionibus.*

3°. Si le défunt n'a pas laiſſé des freres ou ſœurs germains, ni d'enfans deſdits freres ou ſœurs, mais qu'il ait laiſſé des freres ou ſœurs conſanguins ou utérins, ceux-ci lui ſuccedent, à l'excluſion des oncles ou tantes du défunt, comme auſſi à l'excluſion de tous autres collatéraux. *Novell.* 118, *cap.* 3, *verſ. his autem*, *& authent. poſt fratres autem*, *cod. de legitim. hæred.*

S'il y a même des enfans des freres ou ſœurs conſanguins ou utérins du défunt prédécédés, ces enfans ſont appellés à la ſucceſſion avec leurs oncles ſurvivans conſanguins ou utérins, & y viennent par repréſentation & par ſouches, à l'excluſion des oncles ou tantes du défunt & de tous autres collatéraux. *Novell.* 118, *cap.* 3, *verſ. ſi autem defuncto*, *& dict. authent.*

Les neveux mêmes du défunt *ex uno tantùm latere*, quoique ſeuls, excluent les oncles ou tantes dudit défunt, comme nous le dirons ci-après.

La ſeconde exception conſiſte au droit de repréſentation : ce droit en ligne collatérale appelle avec les freres & ſœurs du défunt, les enfans des freres ou ſœurs prédécédés, qui lui étoient autant conjoints que les freres ou ſœurs ſurvivans, & les fait ſuccéder conjointement avec leurſdits oncles ou tantes, par ſouches toutefois, & non par têtes ; la ſucceſſion par

ſouches étant l'effet de la repréſentation, enſorte que ces enfans, en quelque nombre qu'ils ſoient, n'ont que la même portion de ſucceſſion que leurs pere ou mere auroient eu, s'ils vivoient. *Dict. Novell. ibid.*

Et ceci s'applique auſſi au cas où le défunt n'a laiſſé que des freres ou ſœurs *ex uno latere*, & des enfans d'autres freres ou ſœurs *ex uno pariter latere*, prédécédés : car ces enfans ſuccedent auſſi conjointement & par ſouches avec leurſdits oncles ſurvivans.

Ce droit de repréſentation n'a pas lieu en la ligne collatétale au delà des freres du défunt & de leurs enfans en premier degré, *Novell.* 118, *cap.* 3, & l'effet de ladite repréſentation eſt, comme nous l'avons dit, de faire ſuccéder les enfans de freres ou ſœurs par ſouches & non par têtes, *dict. Novell.* 118, *cap.* 3, *verſ. ſi autem defuncto*; au lieu que dans les autres cas la ſucceſſion en ligne collatérale ſe fait par têtes, *ſecundùm perſonarum numerum*, *dict. Novell.* 118, *cap.* 3, *in fine.*

De plus, ce droit de repréſentation n'eſt accordé aux enfans des freres, que lorſqu'ils concourent avec quelqu'un de leurs oncles ou tantes, & non autrement, *Novell.* 118, *cap.* 3, *verſ. ſed & ipſis*; de ſorte que hors delà les enfans de divers freres du défunt prédécédés, venant ſeuls & de leur propre chef à la ſucceſſion, ſuccedent tous par égales parts & par têtes, *Maynard*, *liv.* 6, *chap.* 92; *Le Brun*, *des ſucceſſions*, *liv.* 1, *chap.* 1, *ſect.* 4, *n.* 2.

Il y a pourtant deux cas où les enfans de divers freres du défunt prédécédés ſuccedent par ſouches, & ainſi en quelque maniere par droit de repréſentation, quoiqu'ils ne ſuccedent pas avec quelqu'un de leurs oncles, freres ou ſœurs du défunt.

Le premier cas eſt celui où les enfans de divers freres ou ſœurs germains prédécédés viennent à la ſucceſſion du défunt, en excluant, comme nous l'avons déja obſervé ci-deſſus, à cauſe de leur double lien, quelque oncle ou tante qui n'eſt que frere ou ſœur conſanguin ou utérin du défunt : car ces enfans ne peuvent, à proprement parler, exclure cet oncle ou tante, qui eſt plus proche qu'eux d'un degré, qu'en repréſentant leurs peres ou meres; d'où il réſulte qu'ils doivent ſuccéder par ſouches, & non par têtes.

Le ſecond cas eſt, lorſque les enfans de divers freres ou ſœurs du défunt prédécédés concourent, non pas avec leurs propres oncles, mais avec des oncles même du défunt, qui ſe trouvent être leurs grands-oncles; car quoiqu'il ſoit vrai que ces enfans excluent de la ſucceſſion leſdits oncles ou tantes du défunt, ſuivant l'interprétation qu'on a donné à la Novelle 118, il eſt vrai auſſi qu'ils ne peuvent les exclure qu'en repréſentant leurs peres ou meres prédécédés, & que ſans le ſecours de cette repréſentation l'oncle dudéfunt lui ſuc céderoit auſſi bien qu'eux, comme étant les uns &

les autres au troiſieme degré ; & delà vient qu'on juge que ces enfans doivent ſuccéder par ſouches, & non par têtes.

Du reſte, l'on comprend ſans peine que lorſqu'il n'y a que pluſieurs neveux, tous enfans d'un même frere ou ſœur du défunt, ils n'ont pas beſoin pour ſuccéder, du droit de repréſentation, & qu'ils ſuccedent par conſéquent par égales parts & par têtes, c'eſt-à-dire qu'ils partagent l'entiere ſucceſſion du défunt, que leur pere ou mere auroit eu, s'il avoit vécu.

La troiſieme exception à la regle générale qui dans la ligne collatérale fait ſuccéder également les plus proches parens du défunt, conſiſte en la préférence qu'on accorde, comme nous venons de le dire, au neveu ou neveux du défunt, qui ſe trouveut concourir avec des oncles du même défunt, quoique l'oncle & le neveu du défunt ſoient également au troiſieme degré de parenté : cette préférence n'eſt pas clairement décidée par la Novelle 118, *cap.* 3, *verſ. illud palam* ; mais les auteurs & les Arrêts ont ainſi interprété cette Novelle, & ont préféré à l'oncle du défunt, le neveu, ſoit comme repréſentant ſon pere ou mere qui auroit lui-même exclu l'oncle ou tante du défunt, ſoit parce que *ſucceſſio deſcendit magis quàm aſcendit*. Voyez l'authentique, *poſt fratres autem*, *cod. de legitim. hared. Catellan*, *liv.* 2, *chap.* 66.

Cette préférence a même lieu à l'égard d'un neveu du défunt qui ne deſcendroit que d'un frere ou ſœur conjoint d'un ſeul côté au défunt, & il ſeroit préféré à l'oncle ou tante du défunt : car l'authentique, *poſt fratres autem*, ſemble être générale à ce ſujet en faveur des neveux, & les Auteurs n'ont pas fait non plus de diſtinction là-deſſus ; ainſi on tient que *nepos ex fratre meo*, *licèt uterino tantùm*, *vel paterno tantùm*, *mihi ſuccedit*, *& patruo me præfertur*, *eumque excludit*.

En défaut des freres ou ſœurs du défunt & de leurs enfans en premier degré, c'eſt-à-dire, après eux, n'y ayant plus lieu ni au double lien ni à la repréſentation, la ſucceſſion appartient toujours à celui qui ſe trouve être le plus proche parent du défunt au tems de ſa mort, & s'il y en a pluſieurs en même degré, tous ſuccedent également, ſans différence de ſexe, ſoit parens paternels ou maternels, à l'excluſion des plus éloignés, & la ſucceſſion ſe diviſe toujours en ce cas par têtes, *authent. poſt fratres*, *cod. de legitim. hared. Novell.* 118. *cap.* 3, *in fine*.

Il ne reſte plus qu'à ſavoir comment ſe comptent les degrés de parenté, & quoiqu'ils puiſſent ſe compter de deux manieres, l'une ſuivant le Droit canonique, l'autre ſuivant le Droit civil, on ne ſuit néanmoins dans ce Royaume, pour la matiere des ſucceſſions, que la maniere de les compter preſcrite par le Droit civil ; au lieu qu'on y ſuit la computation canonique pour les prohibitions & les diſpenſes de mariage, *Theveneau*, *liv.* 2, *titr.* 2, *art.* 2 ; *Le Brun*, *liv.* 1, *chap.* 6, *ſect.* 1, *n.* 5 ; de même que pour les récuſations des Juges en matiere de procès & pour les reproches

des témoins, comme il réſulte de l'Ordonnance de 1667, titr. 22, art. 11, & titr. 24, art. 1 & 2.

Le Droit civil & le Droit canonique s'accordent dans la maniere de compter les degrés en ligne directe; chaque génération dans cette ligne fait un degré, & l'on compte autant de degrés qu'il y a de générations : ainſi du pere au fils il y a un degré, de l'ayeul au petit-fils deux degrés, du biſayeul à l'arriere petit-fils trois degrés, c'eſt-à-dire, que le pere & le fils ſont au premier degré de parenté, l'ayeul & le petit-fils au ſecond, & ainſi des autres.

Dans la ligne collatérale il faut, ſuivant le Droit civil, remonter à la ſouche commune, de laquelle les parens dont on veut chercher le degré, ſont deſcendus, & delà, ſans y comprendre celui qui forme la ſouche commune, compter autant de degrés qu'il y a de perſonnes ou de générations tant d'un côté que de l'autre, §. 7, *infrà*, *de gradibus cognationis* : ainſi on trouve que les freres ſont au ſecond degré, les couſins germains au quatrieme, &c.

Le Droit canonique compte les degrés en ligne collatérale différemment, puiſqu'il ne compte entre deux collatéraux qu'autant de degrés ou de générations qu'il y en a de l'un d'eux à la ſouche commune, ſans y comprendre ladite ſouche, *cap.* 7, *extrà*, *de conſang. & affinit.* de ſorte qu'il ne met les freres qu'au premier degré, les couſins germains au ſecond degré, &c. & ſi la ligne collatérale n'eſt pas égale, il ne compte de degrés qu'autant qu'il y en a ſeulement de la ſouche commune au collatéral qui en eſt le plus éloigné, *cap. ult. extrà*, *eodem.*

Mais il faut s'en tenir, comme nous l'avons dit, à la computation civile pour le fait des ſucceſſions, & en s'y tenant, il faut même prendre garde que s'il y a divers collatéraux de diverſes branches qui prétendent ſuccéder, il n'eſt pas beſoin, pour ſavoir le degré de chacun deſdits collatéraux, de monter juſqu'à la ſouche qui leur eſt commune à tous; mais chacun n'eſt tenu de monter qu'à la ſouche qui lui eſt commune avec le défunt, bien qu'elle ne ſoit pas commune aux autres collatéraux, ſans qu'on puiſſe l'obliger de monter plus haut & juſqu'à la ſouche qui eſt commune à tous; parce qu'il n'eſt pas queſtion de montrer le parentage entre leſdits collatéraux, mais ſeulement de ſuccéder au défunt, & pour cela de montrer chacun à quel degré il eſt parent du défunt; enſorte que ſi en comptant de cette maniere l'un eſt plus proche du défunt que l'autre collatéral qui lui conteſte la ſucceſſion, il doit lui être préféré. C'eſt ainſi que la queſtion a été jugée au Parlement de Toulouſe par un Arrêt du 5 ſeptembre 1744, en faveur de Paul Calvas, contre Marie Fabre.

Voilà quel eſt l'ordre des ſucceſſions, ſoit directes, ou collatérales, établi par les Novelles de l'Empereur Juſtinien, que l'on ſuit dans cette Province & autres Pays de Droit Ecrit; mais dans les Pays Coutumiers on y a fait

fait plusieurs changemens ; car, par exemple, à l'égard de la succession des descendans, la plupart des Coutumes donnent à l'aîné des enfans un préciput ou droit d'aînesse dans les Fiefs, &c.

A l'égard de la succession des ascendans aux ascendans, on y observe que les biens propres ne remontent point, ce qui est une suite de la regle, *paterna paternis*, *materna maternis*, qui y est observée, c'est-à-dire, que les pere, mere, & autres ascendans ne succedent point aux héritages de leurs enfans décédés, qui leur étoient propres d'une autre ligne.

Et pour ce qui est des successions collatérales, chaque Coutume a à ce sujet ses dispositions particulieres : il y en a qui n'ont aucun égard au double lien, comme celle de Paris, aux articles 340 & 341 ; d'autres où le double lien a lieu, même au-delà des enfans des freres ; quelques-unes rejettent le droit de représentation, & d'autres l'admettent jusqu'à l'infini, &c.

Pour revenir aux regles des Pays de Droit Ecrit, les observations que nous venons de faire touchant l'ordre des successions légitimes, dispenseront de s'arrêter à la plûpart des textes de ce Titre & des Titres suivans, qui par les changemens que les Novelles y ont fait, ne sont presque plus d'aucun usage.

§. 2. *Sui hæredes existimantur, qui in potestate morientis fuerint.*

Cela n'a pas lieu, la Novelle 118, *cap.* 1, ayant appellé également tous les enfans émancipés ou non émancipés à la succession de leurs ascendans.

Quibus connumerari necesse est eos, &c.

Il suffit de rappeller ici ce que nous avons dit touchant la légitimation des enfans, au Livre premier, Titre *de nuptiis*, §. 13.

§. 3. *Sui hæredes fiunt etiam ignorantes, &c.*

Cet avantage que le Droit Romain donnoit aux enfans, appellés *sui hæredes*, d'être saisis de plein droit des biens de leur pere dès le moment de son décès, est commun parmi nous à tous héritiers, quels qu'ils soient, tant testamentaires qu'*ab intestat*, sans qu'il soit besoin de leur part d'aucun acte corporel, ni appréhension, ni addition, suivant la regle du Droit François, *le mort saisit le vif*, comme nous l'avons expliqué au commencement du Titre *de hæredum qualitate & differentiâ.*

§. 4. *Veluti si ab hostibus reversus quis fuerit post mortem patris, jus enim postiliminii hoc facit.*

Nous avons déja remarqué sur le §. 4, du Titre *de jure personarum*, & sur le Titre *de militari testamento*, que les prisonniers de guerre & ceux même qui ont été pris par des Turcs ou des Corsaires & faits esclaves,

conſervent parmi nous tous les effets civils, n'étant conſidérés que comme abſens.

Il arrive ſouvent des conteſtations au ſujets des biens des perſonnes abſentes, ou pour ſavoir par quel tems l'abſence peut faire préſumer la mort : car par la Loi un homme eſt cenſé pouvoir vivre juſqu'à cent ans, *Leg. an uſusfructus, ff. de uſufructu*; & voici à peu-près les regles en cette matiere.

1°. L'abſence du mari, quelque longue qu'elle ſoit, ne le fait pas réputer mort vis-à-vis de ſa femme, enſorte qu'elle ne peut ſe remarier ſans avoir des preuves ſûres de ſon décès; nous en avons parlé ſur le Titre *de nuptiis* à la fin du §. 6.

Pour ce qui eſt de ſes conventions matrimoniales, la femme peut les demander après dix années de l'abſence du mari, ſans qu'on en ait eu des nouvelles, ſuivant *Bacquet & Ferrieres, trait. de droits de Juſtice, chap.* 15, *n.* 61 *&* 62.

Nous avons expliqué au commencement du Titre *de nuptiis*, avec quelles précautions les enfans de famille peuvent ſe marier, lorſque leur pere eſt abſent depuis pluſieurs années, ſans avoir donné de ſes nouvelles.

2°. Un enfant bien qu'abſent depuis huit ou neuf années, ſans qu'on en ait des nouvelles, eſt cenſé vivant au jour du décès de ſon pere pour légitimer, & à l'effet d'être inſtitué au moins par ſon pere en ce qu'il lui laiſſe; autrement ſon retour annulleroit ſans difficulté le teſtament.

Sur quoi, lorſque le pere lui a laiſſé ſa légitime, *Albert, verb. abſence, art.* 8, rapporte un Arrêt qui jugea qu'après dix années d'abſence cette légitime doit appartenir à tous ſes freres ou ſœurs, & être partagée proviſoirement entr'eux, au préjudice même de l'héritier inſtitué; mais il a été depuis rendu au Parlement de Toulouſe un Arrêt après partage qui ſemble contraire, M. de Palarin Rapporteur & M. Rey Contretenant, le 16 avril 1737, entre Jean-Baptiſte Beolet, héritier de ſon pere, & Jean & Marie Beolet, légataires pour leur légitime : par cet Arrêt, en réformant la Sentence du Sénéchal de Nîmes, il fut décidé que la légitime, telle que de droit, laiſſée par le pere commun à Claude Beolet ſon fils, abſent depuis près de quarante ans, ſeroit jouie par proviſion par l'héritier du pere; il eſt vrai qu'il y avoit cette circonſtance, que le pere avoit ordonné par ſon teſtament que ſon fils & héritier en jouiroit; mais les Juges convinrent néanmoins unanimement lors de cet Arrêt, comme je le tiens de l'un d'eux, qu'en regle générale un enfant qui eſt abſent depuis plus de dix ans au tems de la mort de ſon pere, ſans qu'on en ait eu des nouvelles, ne ſuccede pas, ni n'a pas de légitime avec effet, mais ſeulement ſous la condition du retour.

3°. A l'égard de la ſucceſſion aux biens de l'abſent, comme la Loi préſume un homme vivant juſqu'à cent ans, & que dans les regles il faut,

pour détruire cette préſomption, rapporter la preuve de la mort, on ne peut pas auſſi avant cet âge déférer irrévocablement la ſucceſſion des biens de l'abſent à ceux à qui elle peut appartenir, ni en ordonner entr'eux un partage abſolu ; mais après une abſence depuis dix années ſans aucune nouvelle, on accorde, ſeulement aux plus proches parens de l'abſent, la jouiſſance proviſionnelle de ſes biens, en cautionnnant de les rendre à l'abſent avec les fruits, s'il revient, ou à ſes ſucceſſeurs légitimes qui ſe trouveront en état de ſuccéder au tems du décès de cet abſent, ſi l'on peut avoir des nouvelles de ce tems-là, ou bien à l'héritier que cet abſent pourroit avoir inſtitué avant ſon départ. *Catellan & Vedel*, *liv.* 2, *chap.* 57 ; *Albert*, *verb. abſence*, *art.* 8.

Ce n'eſt en effet dans les bonnes regles qu'après une abſence de dix années, qui eſt appellée dans le Droit, *longum tempus*, *Leg. ult. cod. de præſcript. longi temporis*, que l'abſent peut être réputé mort, & qu'on peut par conſéquent ordonner la jouiſſance ou le partage proviſoire des biens en faveur de ſes plus proches parens alors vivans ; & cela doit s'entendre des parens qui ſont les plus proches de cet abſent au tems qu'on a commencé à croire qu'il étoit mort, c'eſt-à-dire, après la dixieme année de l'abſence ſans aucune nouvelle : car c'eſt à ſes parens que ladite jouiſſance proviſoire eſt accordée, leſquels tranſmettent même à leurs héritiers ce droit de jouiſſance proviſoire. *Vid. Catellan & Vedel*, *ibid.*

Ce partage proviſionel ſe fait donc entre ceux qui ſont les plus proches parens de l'abſent à l'échéance de dix années, & les héritiers de ceux qui étoient les plus proches au commencement de l'abſence, n'y ont aucun droit ; il y a pourtant des Auteurs qui ſont d'un avis contraire, & qu tiennent que ſi l'abſent ne revient plus, il eſt réputé mort du jour de ſon départ ou de la derniere nouvelle qu'on en a eu ; enſorte que ſa ſucceſſion doit être réputée ouverte dès ce tems-là, & que les héritiers qu'il avoit alors, ſont préſumés l'avoir recueillie dès ce moment : de façon que, quoiqu'ils décedent avant la fin des dix années depuis l'abſence, ils tranſférent leur droit à leurs héritiers.

Il ſemble qu'on peut accorder ces différens avis par les circonſtances du fait, en décidant, par exemple, que ſi l'abſent étoit allé à une bataille, qu'elle ait été donnée, & qu'on n'en ait plus eu des nouvelles depuis le combat ; s'il s'eſt embarqué, & qu'il y ait eu tempête & naufrage, ſans qu'on ſache même ce que le vaiſſeau eſt devenu, il doit être cenſé mort du jour de ſon départ ou des dernieres nouvelles qu'on en a reçu, ou à peu-près ; mais que hors de ces cas il n'eſt réputé mort qu'à la dixieme année, de façon que ces choſes doivent être laiſſées à la prudence du Juge.

Je penſe auſſi que c'eſt par cette diſtinction qu'il faut décider la queſtion concernant les ſucceſſions qui échoient à un abſent durant ſon abſence, & ſi ſes héritiers ou ſes créanciers qui ne ſont pas moins favorables, peu-

vent en faire demande & en profiter : car dans le cas principalement où un homme ne s'eſt abſenté que pour voyager, on peut le réputer vivant pendant dix années à l'effet de pouvoir ſuccéder; enſorte que ſes plus proches parens peuvent juſqu'alors & juſqu'à ce qu'ils aient fait procéder au partage proviſionel de ſes biens, prétendre aux ſucceſſions qui ſont échues à cet abſent durant ces dix années; il ſemble même que les créanciers de cet abſent, *qui certant de damno vitando*, peuvent non ſeulement dans les dix années, mais même après les dix années de l'abſence, ſoutenir qu'il eſt vivant, à l'effet de s'en prendre ſur ſes biens ou ſur les ſucceſſions qui lui ſont échues, ſi l'on ne rapporte au contraire une preuve de ſa mort, à la charge toutefois de cautionner de rendre, ſi l'on vient à prouver que l'abſent fût décédé avant l'échéance deſdites ſucceſſions.

Quoi qu'il en ſoit, ſi l'abſent ne revient pas, ou ſi on n'a pas des nouvelles certaines du tems de ſon décès, ſes biens ſont irrévocablement acquis après environ la centieme année de ſon âge à ceux qui en avoient obtenu la jouiſſance proviſoire. *Catellan*, *liv.* 2, *chap.* 57.

Il faut pourtant obſerver, que quand l'abſent avant ſon départ a laiſſé une procuration pour adminiſtrer ſes biens à l'un de ſes plus proches parens ou ſucceſſeurs *ab inteſtat*, celui-là doit être préféré aux autres co-ſucceſſeurs pour la dite jouiſſance proviſoire, leſquels n'ont pas alors droit d'y prétendre ni de demander le partage proviſionel des biens de l'abſent, ſauf à y prendre leur part, lorſque la mort de l'abſent vient à être conſtatée par ſon âge centénaire, ou autrement; mais ſi le Procureur fondé étoit un étranger, cela n'empêcheroit pas les plus proches parens de demander la jouiſſance proviſoire après les dix années ou plus de l'abſence ſans aucunes nouvelles, ſuivant l'Arrêt cité par *Albert*, *verb. abſence*, *art.* 9.

Lorſque l'abſent avant ſon départ a inſtitué un héritier, & qu'on n'a point de ſes nouvelles, ladite jouiſſance proviſoire après les dix années de l'abſence eſt accordée néanmoins à ſes plus proches ſucceſſeurs, plutôt qu'à cet héritier inſtitué, s'il n'a pas une procuration de l'abſent pour régir & jouir de ſes biens, *Catellan*, *liv.* 2, *chap.* 57; mais cet Auteur eſtime pourtant que ladite jouiſſance ne doit pas être accordée en ce cas auſdits ſucceſſeurs légitimes pour plus de dix années, & qu'après ces dix ans, ſans qu'on ait eu des nouvelles de l'abſent, il faut laiſſer jouir l'héritier par lui inſtitué, pour ne pas lui faire perdre entierement le fruit de cette inſtitution, attendu même qu'une abſence de vingt années ſans nouvelles eſt une aſſez forte préſomption de la mort, pour charger de la preuve du contraire ceux qui la nient.

Et il faut de même laiſſer jouir après ces vingt ans ceux qui étoient ſubſtitués à l'abſent, s'il étoit chargé d'une ſubſtitution. *Vedel ſur Catellan*, *ibid.*

De plus, il n'y a pas de doute qu'après environ les cent ans de l'âge de l'abſent,

l'abſent, ou lorſque ſon décès vient à être conſtaté, il ne faille adjuger irrévocablement les biens de l'abſent à l'héritier par lui inſtitué, ou à celui qui étoit ſubſtitué à l'abſent, même avec reſtitution des fruits contre les ſucceſſeurs légitimes. *Vedel, dict. loc.*

4°. L'abſence de dix années ſans aucunes nouvelles fait préſumer, avons-nous dit, la mort de l'abſent, à l'effet d'ordonner la jouiſſance proviſoire de ſes biens; & c'eſt en conſéquence de ce même principe qu'il a été jugé, que lorſqu'il eſt queſtion des biens échus à un abſent par l'ouverture ou l'événement d'une ſubſtitution, ce n'eſt pas à ſes ſucceſſeurs légitimes qu'on doit accorder la maintenue auſdits biens ſubſtitués, mais qu'il faut ordonner que l'héritier de l'héritier grévé de rendre jouira proviſoirement deſdits biens ſubſtitués, en cautionnant de les repréſenter avec les fruits quand & à qui il appartiendra; l'Arrêt qui l'a ainſi décidé, eſt du 23 juillet 1723, & rapporté par *Vedel ſur Catellan, liv. 2, chap. 57.*

Il y a un autre Arrêt de 1689, cité par le même Auteur, qui a jugé qu'un héritier grévé de rendre à ſon décès, abſent depuis 66 ans, & qui devoit être âgé de 92 ans, n'étoit pas pourtant réputé mort vis-à-vis des tiers acquéreurs des biens ſubſtitués, qu'ainſi ils doivent en continuer la poſſeſſion, & n'étoient obligés de les délaiſſer qu'après la centieme année de l'âge de cet héritier grévé; enſorte que le ſubſtitué venant même à mourir avant ce terme de cent ans, les tiers acquéreurs ne pourroient plus être dépoſſédés, ſi l'héritier du ſubſtitué n'établiſſoit que l'héritier grévé étoit mort avant ledit ſubſtitué. *Fromental* rapporte auſſi un autre Arrêt conforme.

5°. Il a été jugé par un Arrêt qu'on lit dans *Catellan liv. 2, chap. 57, in fine*, que le plus proche parent de l'abſent ayant obtenu la jouiſſance proviſoire de ſes biens, pouvoit intenter l'action en caſſation par léſion & minorité, de la vente des biens faite par cet abſent avant ſon départ; & cela paroit fondé ſur les principes qu'on vient d'établir : cependant il y a dans *La Peyrere, pag. 249*, un Arrêt contraire, qui a jugé que l'on ne peut pas être reçu à former cette demande, ſi on ne prouve la mort de l'abſent.

Un autre queſtion qui s'éleve quelquefois en matiere de ſucceſſion, eſt de ſavoir, lorſque deux perſonnes ſont mortes dans un même accident, & qu'on ne peut pas connoître préciſément lequel des deux eſt mort le premier, en faveur de qui doit être la préſomption de ſurvie; & cette queſtion peut arriver encore en matiere de fidéicommis, lorſqu'un pere chargé de rendre, au cas de décès ſans enfans, a péri avec eux par le même malheur; comme auſſi elle peut arriver dans le cas du droit de retour, dans le cas des gains nuptiaux en faveur du ſurvivant des conjoints, & dans quelqu'autres eſpeces.

Les regles ſont dans ces occaſions, qu'il faut ſe décider premierement

par les circonſtances du fait, s'il y en a qui ſoient ſuffiſantes pour juger que l'un ſoit décédé plutôt que l'autre : comme ſi le pere & le fils ont perdu la vie dans un même incendie, & qu'il demeure prouvé que l'un étoit couché au premier étage de la maiſon où le feu a commencé, & l'autre dans un autre endroit du logis, on doit en conſéquence juger que ce dernier a ſurvécu ; pareillement ſi le pere & le fils ſont morts dans une bataille, que le fils fût dans l'avant-garde qui a été défaite la premiere, & le pere dans l'arriere-garde qui a ſoutenu les derniers efforts de l'ennemi, on doit dire que le fils eſt mort avant le pere : de même ſi des voleurs étant entrés dans une maiſon ont aſſaſſiné le pere, la mere & les enfans, on doit décider qu'ils ont tué premierement ceux qui étoient capables de leur faire réſiſtance, avant de s'en prendre aux plus foibles.

Que ſi les circonſtances de fait manquent, la queſtion eſt difficile à réſoudre ; mais on doit ſe déterminer alors par la diverſité de l'âge, du tempérament & du ſexe des perſonnes, pour décider que celui qui étoit d'un âge ou d'un ſexe plus robuſte, a réſiſté plus long-tems à la mort : ainſi lorſque le pere ou la mere ont péri dans un commun naufrage avec leur enfant impubere, on préſume que l'enfant, à cauſe de ſa tendre jeuneſſe, eſt mort le premier, au lieu que ſi l'enfant étoit pubere, on juge qu'il a ſurvécu à ſes parens. *Leg.* 11, §. *ult. & Leg.* 22, *ff. de rebus dubiis.*

Si au contraire il n'y a point de différence conſidérable dans l'âge, la force, la ſanté, & le ſexe de ceux qui ont péri conjointement, il faut ſe regler alors par des principes d'équité, & décider contre celui qui prétend tirer avantage du prétendu prédécès, & qui ne le prouve pas : ſi deux freres, par exemple, à peu-près d'un même âge, meurent dans un naufrage, & que le créancier de l'un d'eux prétende qu'il a ſuccédé à ſon frere, il doit être débouté de ſa prétention, faute de preuve. *Vid. Le Brun, des ſucceſſ. liv.* 1, *chap.* 1, *n.* 13, *& ſuiv. Duperier, liv.* 4, *queſt.* 9 ; *Maynard, liv.* 3, *chap.* 83, *& liv.* 8, *chap.* 17.

§. 5. *Per contrarium evenit, &c.*

Il eſt ici parlé du cas dans lequel un enfant habile & capable de ſuccéder lors du décès de ſon pere, ne lui ſuccede pourtant pas, ou lui ſuccede en vain ; ſavoir, lorſqu'après la mort du pere on fait le procès à ſa mémoire, & qu'elle eſt condamnée pour crime de leze-Majeſté, ce qui emporte confiſcation des biens, & dépouille le fils de l'hérédité.

Dans le Droit Romain il n'y avoit que le crime de leze-Majeſté, à raiſon duquel on fît le procès à la mémoire du défunt, *Leg. ult. ff. ad Legem Juliam Majeſt. Leg. ult. cod. eodem* ; mais parmi nous l'Ordonnance Criminelle de 1670, titr. 22, art. 1, y en a ajouté trois autres, ſavoir, le duel, l'homicide de ſoi-même, & la rébellion à Juſtice avec force ouverte, à l'occaſion de laquelle le défunt ait été tué : la Déclaration du 14

mai 1724, art. 9, parle encore d'un autre cas, c'eſt-à-dire, à l'égard des Réligionnaires relaps, qui étant malades auront refuſé de recevoir les Sacremens de l'Egliſe, & déclaré qu'ils veulent mourir dans la Religion Prétendue Réformée; mais, au ſurplus, à l'exception de ces cas pour leſquels même on ne voit guere faire le procès à la mémoire, la regle générale priſe de la Loi derniere, *ff. ad Legem Juliam Majeſt.* eſt telle que tout crime eſt éteint, du moins quant à la peine, par la mort naturelle du prévenu arrivée durant le procès, comme nous le dirons ci-après ſur le Titre *de perpet. & tempor. actionib.*

§. 8. *Licèt poſt mortem avi natus, tamen vivo avo conceptus, mortuo patre ejus, poſteaquè deſerto avi teſtamento, ſuus hæres efficitur.*

Dans les ſucceſſions *ab inteſtat* il n'y a pas d'autre tems à conſidérer, auquel le ſucceſſeur doive être capable & habile, que celui de la mort de la perſonne à laquelle il prétend ſuccéder; & il eſt même décidé par le texte que nous expliquons, qu'il ſuffit, pour pouvoir ſuccéder, d'être du moins conçu lors de la mort de l'aſcendant, de la ſucceſſion duquel il s'agit, c'eſt-à-dire, lors de l'ouverture de ladite ſucceſſion.

Ainſi ſi le petit-fils a été conçu pendant la vie de ſon ayeul, bien qu'il ſoit né depuis ſa mort, ſon pere ſe trouvant auſſi mort, il ſuccédera à l'ayeul; & tout comme il n'eſt pas néceſſaire, pour que le deſcendant ſuccede à ſon aſcendant, qu'il ſoit né lorſque la ſucceſſion ſe trouve déférée, mais ſeulement qu'il ſoit conçu, pourvu toutefois qu'il vienne à naître vivant & en âge viable; de même en la ſucceſſion des collatéraux il n'eſt pas néceſſaire que celui qui eſt le plus proche ſoit né lors de l'ouverture de la ſucceſſion, pourvu qu'il ſoit conçu, & qu'il naiſſe enſuite viable: ainſi un neveu, ſimplement conçu lors de la mort du défunt, lui ſuccédera, s'il vient à naître, à l'excluſion même de l'oncle dudit défunt: mais lorſqu'on n'étoit pas conçu lors du décès de celui auquel on prétend ſuccéder, on ne peut pas lui ſuccéder, & on eſt exclu de ſa ſucceſſion. *Leg.* 6, 7 *&* 8, *ff. de ſuis & legitim. hæred. Leg.* 1, §. 8, *ff. unde cognati.*

Ainſi le préſent texte exclut le petit-fils de la ſucceſſion de ſon ayeul, qui ſe trouve vacante par la répudiation de l'héritier inſtitué, ou autrement, ſur ce fondement que ce petit-fils n'étoit né ni même conçu qu'après la mort de l'ayeul, & que par conſéquent *nullo jure cognationis patrem patris ſui attigit*; cependant pluſieurs ſoutiennent que ce texte eſt compris dans l'abrogation générale que Juſtinien a fait dans la préface de la Novelle 118, de toutes les Loix qui avoient été faites auparavant pour regler les ſucceſſions *ab inteſtat*, & que dès-là que cette Novelle n'exclut pas de la ſucceſſion de l'ayeul, l'enfant conçu après la mort du même ayeul, il doit être capable de la recueillir, ſi elle ſe trouve vacante, ou ſur la tête d'un curateur, au tems de ſa naiſſance, ou lorſqu'il demande à l'accepter.

Pour fortifier cet avis, on ajoute que la succeſſion des deſcendans, ſuivant & depuis la Novelle 118, n'eſt plus fondée que ſur les liens du ſang, & non pas ſur le lien civil ou ſur le motif de la puiſſance paternelle, comme elle l'étoit dans le Droit ancien; qu'à la vérité lorſque la ſucceſſion *ab inteſtat* a été déférée aux plus proches parens du défunt, exiſtans lors de ſa mort, la ſurvenance d'un petit-fils conçu après la mort du défunt ne peut pas les priver de ladite ſucceſſion à eux acquiſe, mais que quand la ſucceſſion ſe trouve vacante & ſur la tête d'un curateur, il ſuffit que le petit-fils trouve cette ſucceſſion vacante, pour qu'il puiſſe être reçu à l'accepter, en répudiant même l'hérédité de ſon pere, parce que cette ſucceſſion lui eſt déférée *jure ſanguinis*, & que la Novelle 118, appelle tous les deſcendans, *cujuſlibet ſexûs aut gradûs*, ſans ſe borner aux ſeuls deſcendans exiſtans au tems de la mort; qu'enfin à prendre le mot de *cognation* dans toute ſa ſignification, on peut dire que le petit-fils, quoique conçu après la mort de l'ayeul, eſt néanmoins en qualité de deſcendant uni à l'ayeul par les liens du ſang & de la cognation & par la repréſentation. Auſſi la queſtion a-t-elle été jugée au profit du petit-fils par un Arrêt du 14 août 1725 rendu au Parlement de Toulouſe en faveur de la Demoiſelle Anne Martin, de la ville de Nîmes, contre les créanciers de ſon pere : car par cet Arrêt ladite Anne Martin, qui étoit une fille âgée d'environ douze ans, après avoir répudié l'hérédité de Jean Martin II. ſon pere, fut reçue à accepter celle de Jean Martin I. ſon ayeul décédé en 1694, laquelle ſucceſſion avoit été répudiée par ledit Martin II. ſon pere en 1710; par où il fut décidé que cette fille pouvoit recueillir & accepter de ſon chef la ſucceſſion vacante de ſon ayeul décédé pluſieurs années avant ſa conception, & faire rejetter ſur l'hérédité du pere les dettes contractées par celui-ci, tandis qu'il ſoutenoit même la qualité d'héritier de l'ayeul.

J'avois travaillé pour la demoiſelle Martin lors de cet Arrêt : il eſt vrai qu'il ſe trouve contraire à celui qui eſt rapporté dans le *Journal des Audiences*, *tom.* 5, *liv.* 8, *chap.* 5, & au ſentiment de *Boutaric*, *pag.* 391, & autres Auteurs; mais on peut voir pour y répondre, les raiſons ramenées par *Furgole*, *en ſa queſtion* 44, *ſur les donations*, où il parle lui-même dans cet Arrêt.

TITRE II.

De legitimâ agnatorum Succeſſione.

LA différence d'entre les agnats ou parens deſcendans d'une même ſouche maſculine, & les cognats ou parens du côté des femmes, ayant été entierement abrogée dans les ſucceſſions par la Novelle 118, *cap.* 4, preſque tout ce qui eſt dit dans ce titre, demeure inutile,

On

On peut seulement remarquer que dans cette Province de Languedoc la ville de Toulouse a un Statut singulier qui appelle à la succession *proximiores in gradu parentelæ ex parte patris*, c'est-à-dire, les plus proches parens, soit mâles, ou filles, du côté du pere, à l'exclusion de la mere & des parens du côté de la mere; & les Arrêts ont jugé que par ces termes, *proximiores ex parte patris*, on devoit entendre les plus proches parens du pere du défunt, descendans de la même ligne que le pere du défunt, c'est-à-dire, qu'il falloit avoir un ascendant commun dans la droite ligne paternelle, comme il est expliqué par *Catellan*, *liv.* 2, *chap.* 32.

La Coutume de Toulouse n'a donc aucun égard à la parenté du côté de la mere, & c'est pourquoi le double lien n'y est pas considéré: ensorte qu'un frere ou sœur germains du défunt n'y ont point d'avantage sur un frere ou une sœur consanguins, mais ils sont appellés & admis conjointement à la succession, du moins pour les biens situés dans la Banlieue de la ville de Toulouse, qu'on appelle le Gardiage, suivant les Arrêts rapportés par *Cambolas*, *livre* 1, *chapitre* 43; & par *Dolive*, *livre* 5, *chapitre* 32, *nov. addit.*

Dans cette Coutume les proches parens du côté du pere excluent même la mere de la succession de son fils mort *ab intestat*, & à plus forte raison l'ayeule maternelle; mais les Arrêts ont cherché à restraindre cette exclusion odieuse, en la bornant aux biens du fils situés dans le Gardiage ou Banlieue seulement: au lieu que dans les autres cas cette Coutume s'étend dans tout le territoire de la Viguerie ou Jurisdiction du Viguier de ladite ville; ils ont même accordé à la mere sur les biens situés dans le Gardiage, une légitime, comme s'il étoit question d'une succession testamentaire; & enfin ils dispensent la mere d'imputer sur cette légitime, les biens assis hors le Gardiage, ausquels elle succede. *Catellan*, *livre* 2, *chapitre* 65.

Du reste, quand la succession du fils est composée de dettes actives, on se regle sur le lieu de la résidence des débiteurs: ensorte que si les débiteurs ont leur domicile dans le Gardiage ou Banlieue de la ville de Toulouse, la mere n'y a qu'un droit de légitime, ce qu'on applique même aux sommes placées sur la Province de Languedoc, parce qu'il y a dans Toulouse un Syndic de la Province & un Commis du Tréforier de la Bourse qui y fait les payemens; si au contraire les débiteurs sont domiciliés hors du Gardiage, en ce cas la mere succede en entier ausdites dettes actives. *Vid. Dolive*, *liv.* 5, *chap.* 33.

§. 6. *Si nullo facto teſtamento quis deceſſerit, proximus per hoc tempus requiritur, quo mortuus eſt is de cujus hæreditate agitur; quòd ſi facto teſtamento quis deceſſerit, per hoc tempus requiritur, quo certum eſſe cœperit nullum ex teſtamento hæredem extiturum.*

Ce paragraphe eſt obſervé, mais il demande quelque explication, pour ſavoir quel eſt effectivement le plus proche parent qui doit ſuccéder, lorſqu'il y a une répudiation.

Premierement, lorſque le défunt a fait un teſtament, valable à la vérité, mais dont l'héritier inſtitué a dans la ſuite répudié l'hérédité, on ne conſidere pas la proximité eu égard au tems du décès du défunt, mais eu égard au tems qu'il eſt certain qu'il n'y a point d'héritier teſtamentaire; ainſi la ſucceſſion venant à vaquer par la répudiation de l'héritier inſtitué, elle eſt adjugée non à ceux qui ſe trouvoient les plus proches parens du défunt lors de ſa mort, ou à leurs héritiers ou ſucceſſeurs qui les repréſentent, mais bien à ceux qui ſe trouvent les plus proches parens du défunt lors de cette répudiation, parce que c'eſt la répudiation de l'héritier inſtitué qui fixe le jour de la vacance ou de l'ouverture de la ſucceſſion.

En ſecond lieu, & tout au contraire ſi un homme eſt mort ſans teſter, ou, ce qui eſt la même choſe, ſans avoir fait de teſtament valable, le plus proche parent appellé à la ſucceſſion eſt celui qui ſe trouve tel lors de ſon décès; tout cela réſulte du préſent texte.

Mais dans ce dernier cas concernant la ſucceſſion *ab inteſtat*, on a demandé ſi celui qui s'eſt trouvé le plus proche parent au tems de la mort, venant dans la ſuite à répudier, cette répudiation ne doit pas avoir un effet rétroactif pour remettre les choſes au même état qu'elles étoient au jour du decès du défunt, enſorte qu'il faille adjuger la ſucceſſion à celui qui étoit le plus proche parent du défunt lors de ſon décès, après le parent qui a répudié; ou ſi la ſucceſſion doit appartenir à celui qui eſt le plus proche parent lors de cette répudiation.

Ce paragraphe ſemble indiquer qu'on doit donner l'effet rétroactif dont nous parlons à la répudiation qui eſt faite dans la ſuite par le ſucceſſeur *ab inteſtat*; cependant *Deſpeiſſes* ne fait aucune différence du cas où le défunt eſt mort *ab inteſtat*, d'avec celui où il auroit fait un teſtament, & tient que dans l'un & dans l'autre la ſucceſſion doit appartenir au parent qui ſe trouve le plus proche lors de la répudiation: ainſi, dit-il, ſi un homme laiſſe en mourant ſa mere qui doit ſeule lui ſuccéder, un oncle paternel & un fils d'un autre oncle, c'eſt-à dire, un couſin germain; que cet oncle paternel vienne à mourir ſans enfans, & qu'enſuite la mere répudie la ſucceſſion de ſon fils, elle ſera dévolue & baillée non pas aux ſucceſ-

seurs de cet oncle, mais au couſin germain, lequel ſe trouve lors de la répudiation le plus proche parent : *Maynard, liv. 6, chap. 100*, rapporte auſſi un Arrêt conforme à cette doctrine.

TITRE III.

De Senatus-Conſulto Tertilliano.

§. 6. *Sed quemadmodùm matribus proſpeximus, ita eas oportet ſuæ ſoboli conſulere, ſcituris eis, quòd ſi tutores liberis non petierint, ab eorum impuberum morientium ſucceſſione meritò repellentur.*

NOUS avons déja dit au Livre premier ſur le Titre *de legitimâ agnatorum tutelâ*, que la mere majeure de vingt-cinq ans eſt tutrice née ou légale de ſes enfans pupilles, & obligée d'agir en cette qualité juſqu'à ce quelle veuille faire nommer à ſa place un autre tuteur ; ainſi elle ne fauroit encourir la privation de la ſucceſſion de ſes pupilles, quoique cette peine ſoit d'ailleurs commune à tous les ſucceſſeurs *ab inteſtat* des pupilles, qui auroient manqué de leur faire pourvoir de tuteur, lorſqu'ils ſe trouvent ſans mere, ſuivant la Loi *ſciant, cod. de legitim. hæredib.*

Nous avons dit auſſi au même endroit que ſi une mere tutrice ou adminiſtratrice de ſes enfans pupilles paſſe à des ſecondes nôces, ſans leur avoir fait auparavant nommer un autre tuteur, rendu compte de ſon approbation, & payer le reliqua qu'elle peut devoir, on la prive de la ſucceſſion de ſes enfans du premier lit qui viennent à décéder, auſſi bien que ſes enfans du ſecond lit, ſi elle eſt vivante, & qu'on la ſoumet encore aux mêmes peines à peu-près que les femmes qui ſe remarient dans l'an du deuil, c'eſt-à-dire, à la perte de ſon augment dotal & de toutes les libéralités qu'elle peut avoir reçu de ſon premier mari, ſoit en propriété, ſoit en uſufruit.

Il faut ajouter maintenant que la minorité excuſe toujours les meres qui ſe ſont remariées *non petitis tutoribus*, enſorte qu'alors elles n'encourent aucunes peines, non plus qu'on ne les prive pas de la ſucceſſion de leurs enfans du premier lit, s'ils viennent à mourir en pupillarité ; quoiqu'au contraire la minorité n'excuſe pas les meres qui ſe ſont remariées dans l'an du deuil. *Dolive, liv. 3, chap. 5, & chap. 31.*

Au ſurplus, les femmes qui malverſent dans l'an du deuil, ſont ſans contredit ſujettes aux mêmes peines que celles qui convolent dans l'an du deuil, *ne aliquid ampliùs habeat caſtitate luxuria, Novell. 29, cap. 2, in fine, Catellan, liv. 4, chap. 72* ; mais quoique les Loix n'aient pas parlé des femmes qui viennent à malverſer après l'an du deuil, cependant il y a eu pluſieurs Arrêts du Parlement de Toulouſe qui les avoient aſſujetties à

la privation de la succeſſion de leurs enfans du premier lit, quand même il n'y en auroit pas eu d'autres ſurvivans ; à la perte de l'augment & autres libéralités de leur mari, lorſque la malverſation ſe trouvoit accompagnée de certaines circonſtances aggravantes, comme, par exemple, quand la veuve avoit malverſé *in domo mariti*, que ſa malverſation n'avoit pas été précédée d'un contrat de fiançailles, ou que le mariage avec celui avec qui elles avoient malverſé, ne s'en étoit pas ſuivi, ou lorſqu'enfin elles avoient malverſé pendant la vie des enfans du premier lit, &c. Cette Juriſprudence a néanmoins changé, quoique je ne veuille pas affirmer qu'on n'y puiſſe revenir. Les derniers Arrêts ont jugé qu'il ne falloit pas étendre les peines, & que la veuve qui vient à malverſer après l'an, ne doit encourir aucune privation, ni de la ſucceſſion de ſes enfans, ni des libéralités de ſon mari, ni les autres peines portées contre les femmes qui ſe remarient ou malverſent dans l'an du deuil : on peut voir ces Arrêts rapportés par le Commentateur de *Catellan*, *livre* 4, *chapitre* 72, & par *Furgole*, *traité des teſtamens*, *tome* 1, *chapitre* 6, *ſection* 2 ; *page* 397, *& ſuiv.*

Il eſt vrai que comme une mere qui vient à malverſer *poſt annum*, n'a preſque jamais l'attention de faire pourvoir d'un tuteur à ſes enfans pupilles avant ſa malverſation, il ſemble qu'en ne lui infligeant aucune peine dans ce cas pour cette omiſſion, comme on l'inflige au contraire à celle qui ſe remariant après l'an manque à ce devoir, *aliquid ampliùs habeat caſtitate luxuria* ; mais on peut répondre que c'eſt de celle qui ſe remarie en omettant ce devoir, & non de celle qui malverſe, que les Loix ont dit que *plerumquè novis maritis non ſolùm res filiorum, ſed etiam vitam adducit* : auſſi une veuve qui après ſa malverſation épouſeroit ſon prétendu ſéducteur, ſans faire pourvoir de tuteur à ſes enfans pupilles du premier lit, ſeroit ſoumiſe aux peines dont nous avons parlé pour cette omiſſion.

Au reſte, pour dire un mot ſur les peines des ſecondes nôces dans l'année du deuil ou après l'an du deuil, nous obſerverons en paſſant que la femme qui ſe remarie dans l'an du deuil, lequel eſt de douze mois accomplis, eſt privée, 1°. de ſes avantages nuptiaux & de toutes les libéralités de ſon premier, tant en propriété qu'en uſufruit, quand même elle ſeroit mineure ; 2°. elle eſt privée auſſi de ſuccéder à ſes enfans du premier lit, aux biens qui lui ſont advenus, ſoit du pere ou d'ailleurs, & ſoit en propriété, ſoit en uſufruit, quand bien même il n'y auroit pas d'autres enfans ſurvivans du premier lit, ou quand même ces enfans ne ſeroient morts qu'après la puberté, ou avant les ſecondes nôces de la femme, & le tout eſt adjugé aux parens les plus prochains du premier mari ; 3°. elle ne peut pas diſpoſer d'aucune façon en faveur de ſon ſecond mari que de la troiſieme partie de ſes biens, quand même il n'y auroit pas d'enfans du premier mariage ; 4°. elle demeure incapable de rien recevoir de la part des étrangers,

gers, par teſtamens ou par donation à cauſe de mort; 5°. elle eſt encore privée de pouvoir ſuccéder *ab inteſtat* à ſes parens qui ſont au delà du troiſieme degré : comme auſſi on prétend qu'elle doit être privée du droit d'élection qui lui auroit été accordé entre ſes enfans par ſon défunt mari, ainſi que nous l'avons remarqué ailleurs; mais ces peines du convol dans l'an du deuil ne regardent que les femmes, à cauſe de l'honnêteté publique qu'elles violent en ce point; & les hommes n'y ſont pas ſujets. D'ailleurs ces peines des ſecondes nôces dans l'an du deuil ne ſont obſervées que dans les Pays de Droit Ecrit, car elles n'ont pas lieu dans les Pays Coutumiers.

Quant aux peines des ſecondes nôces après l'an du deuil, qu'on appelle proprement les peines des ſecondes nôces, & qui ſont infligées préciſément à cauſe des ſecondes nôces, il faut d'abord prendre garde que ces peines concernent également les hommes & les femmes qui paſſent à un ſecond mariage; qu'elles n'ont pas lieu néanmoins, lorſqu'il n'y a ni enfans ni deſcendans du mariage précédent, attendu qu'elles n'ont été introduites qu'en leur faveur, & ces peines, quoiqu'encourues, ceſſent même, ſi tous leſdits enfans ou deſcendans du premier lit prédécedent, enſorte que le remarié reprend par leur prédécès tout ce qu'il avoit perdu.

Ces peines conſiſtent, 1°. en ce que le conjoint remarié, ſoit le mari ou la femme, perd la propriété des avantages nuptiaux & autres libéralités reçues du conjoint défunt, laquelle eſt acquiſe dès-lors aux enfans du premier lit; il n'en conſerve que l'uſufruit pendant ſa vie : 2°. il eſt privé de ſuccéder, du moins en propriété, à l'un de ſes enfans du premier lit venant à mourir; quant aux biens que cet enfant tenoit du conjoint prédécédé, il n'a tout au plus que l'uſufruit de ſa portion de cette ſucceſſion, & nullement l'uſufruit des autres portions appartenant aux autres enfans, quand même ce ſeroit le pere qui auroit eu cet uſufruit auparavant : 3°. le parent marié ne peut donner ni laiſſer en aucune façon, directement, ni indirectement, à ſon ſecond conjoint, ſoit en propriété ou en uſufruit, plus qu'à celui des enfans du premier lit, auquel il donne ou laiſſe moins, autrement le ſurplus eſt ſujet au retranchement ordonné par les Loix, & ce moins, lorſqu'il y a quelque enfant à qui on a laiſſé moins que ſa légitime, ſe regle eu égard à une légitime; mais les avantages, inſtitutions, ou autres libéralités que le parent remarié fait à ſes enfans du ſecond lit, ne ſont pas ſujets à ce retranchement, car il peut les préférer à ceux du premier lit.

§. 7. *Licèt autem vulgò quæſitus ſit filius, poteſt tamen ad bona ejus mater admitti.*

La diſpoſition de ce paragraphe qui veut que les meres puiſſent ſuccéder à leurs enfans bâtards, n'eſt du tout point obſervée dans ce Royaume,

quoique, s'il en faut croire *Boiſſieu*, *traité de l'uſage des Fiefs*, *chap.* 66, elle le ſoit encore dans le Dauphiné : on peut voir, pour ne pas uſer de répétition, ce que nous avons dit ſur le Titre *de nuptiis*, §. 12, vers la fin, au Livre premier.

TITRE IV.

De Senatus-Conſulto Orphitiano.

§. 3. *Sciendum eſt etiam illos liberos qui vulgò quæſiti ſunt, ad matris hæreditatem admitti.*

CETTE faculté qu'avoient les bâtards de ſuccéder à leur mere, en concours même des enfans légitimes, n'a pas lieu non plus en France, où les enfans naturels ſont toujours incapables de recueillir, ſoit *ab inteſtat*, ſoit par teſtament, les ſucceſſions de leurs pere & mere, qui ne peuvent leur laiſſer qu'une ſomme modique pour leurs alimens, comme nous l'avons remarqué ſur le même §. 12, du Titre *de nuptiis*.

On ne ſuit pas même la doctrine de *Maynard*, *liv.* 3, *chap.* 17, & de *Dolive*, *liv.* 5, *chap.* 34, qui prétendent qu'un héritier qui veut impugner les libéralités exceſſives faites par le teſtateur à ſes bâtards, ne peut pas leur oppoſer le fait de bâtardiſe, s'il n'a des actes en main pour le prouver, parce qu'autrement il offenſe la mémoire du défunt ; cela n'eſt pas obſervé, comme le remarque *Catellan*, *liv.* 2, *chap.* 95, juſques-là qu'un ſucceſſeur eſt même recevable à prouver par témoins le commerce adultérin du teſtateur avec la perſonne qu'il a inſtituée héritiere, ainſi que nous l'avons dit au commencement du Titre *de hæredibus inſtituendis*.

§. 4. *Si ex pluribus hæredibus quidam vel morte vel aliâ causâ impediti fuerint, quominùs adeant, reliquis qui adierint, accreſcit illorum portio.*

La déciſion de ce paragraphe ne ſauroit avoir lieu parmi nous, en ce qu'il ſuppoſe qu'un ſucceſſeur mourant avant d'avoir accepté l'hérédité, ſa portion accroît à ſes héritiers ; car nous avons déja remarqué ſur le Titre *de hæredum qualitate*, §. 2, que l'addition d'hérédité n'eſt pas néceſſaire en France ; que l'héritier, ſoit teſtamentaire, ſoit *ab inteſtat*, eſt ſaiſi de plein droit en vertu de la regle, *le mort ſaiſit le vif*, ſans qu'il ſoit beſoin d'addition ni d'acceptation de ſa part, & que venant à mourir après l'ouverture de la ſucceſſion, il tranſmet ſon droit à ſes propres héritiers.

TITRE V.

De Succeſſione cognatorum.

§. 5. *Nunc admonendi ſumus admitti aliquem ad hæreditatem, etſi decimo gradu ſit.*

LES ſucceſſions vont à l'infini, c'eſt-à-dire, qu'un parent non ſeulement au dixieme degré, mais au centieme degré, s'il ne s'en trouvoit pas de plus proche, ſeroit en droit de ſuccéder & d'exclure le Fiſc ou le Seigneur. *Maynard, livre 6, chapitre 99; Louet & Brodeau, lettre F, chapitre 21.*

La preuve de la parenté & du degré doit régulierement être authentique & établie par titres, comme par des actes de partage, contrats de mariage, teſtamens, &c. ou par des enquêtes en bonne forme; cependant lorſqu'il n'eſt queſtion que d'exclure le Fiſc ou le Seigneur, on ſe contente même que la parenté ſoit établie par des ſimples indices, ſans qu'il ſoit beſoin de prouver la généalogie : comme s'il paroît que celui qui demande la ſucceſſion en qualité de parent, étoit réputé tel par les habitans du lieu, ou que le défunt le reconnoiſſoit pour parent verbalement & par écrit.

Mais lorſqu'il n'y a ni parens ni héritiers teſtamentaires, le droit, qu'on appelle *droit de deshérence*, a lieu en faveur des Seigneurs Hauts-Juſticiers, c'eſt-à-dire, qu'en France ils ſuccedent, *deficientibus hæredibus*, aux biens du défunt qui ſe trouvent ſitués dans leur Juriſdiction, ſoit meubles ou immeubles : *Vid. Loyſeau, traité des Seigneuries, chap. 12, n. 88, & ſuiv.* nous en avons déja parlé au Livre II. Titre premier, §. 46, & pour ce qui eſt des dettes actives, quoique *Loyſeau, loc. cit.* & les autres Auteurs du Parlement de Paris les adjugent au Seigneur du domicile du défunt, la Juriſprudence du Parlement de Toulouſe eſt telle que c'eſt le Seigneur du lieu où les débiteurs réſident, qui y ſuccede, tout comme en matiere de confiſcation. *Ferrieres, in quæſt. 341 de Guypap. Dolive, livre 5, chap. 33.*

TITRE VI.

De Gradibus cognationum.

NOUS avons déja parlé ci-deſſus comment ſe comptent les degrés de parenté, tant en ligne directe qu'en ligne collatérale.

TITRES VII. VIII. IX.

De servili cognatione.

De successione libertorum.

De assignatione libertorum.

Ces trois Titres ne sont d'aucun usage en France, où il n'y a ni esclaves ni affranchis; on ne les suit pas même à l'égard des affranchis qui sont dans les Colonies Françoises de l'Amérique, puisque l'Edit de 1685 rendu pour la police de ces Isles, art. 58, exempte les affranchis de tous les droits que leurs anciens maîtres voudroient prétendre sur leurs personnes, leurs biens & leurs successions.

TITRE X.

De Bonorum Possessionibus.

La possession des biens introduite ou accordée en certains cas par le Préteur dans le Droit Romain, n'étoit dans la vérité autre chose qu'une maniere de succéder ou d'hériter, qui n'étoit différente des successions testamentaires & légitimes, que par rapport au tems & à la maniere d'acquérir les biens, comme *Vinnius* l'explique sur ce Titre; mais nous ne connoissons point parmi nous aucune de ces différences, & la condition de tous les héritiers ou successeurs universels, quels qu'ils soient, y est la même en vertu de la regle, *le mort saisit le vif*, dont nous avons déja parlé plusieurs fois.

§. 3. *Aliam bonorum possessionem, quæ undè vir & uxor appellatur, in suo vigore servavimus.*

En défaut de parens connus la femme succede à son mari, celui-ci succede aussi à sa femme, suivant la Loi unique, *cod. undè vir & uxor*, & cela a lieu non seulement dans les Pays de Droit Ecrit, mais même dans les Pays Coutumiers, à moins que les Coutumes n'y continssent de disposition contraire: car cette Loi n'est pas abrogée en France, comme l'a pensé *Maynard*, *liv.* 4, *chap.* 1, *de ses Arrêts*. Il y a seulement quelques cas où le mari & la femme ne succedent pas réciproquement: comme, pas exemple, quand la femme est séparée de son mari, ou qu'elle l'a abandonné; quand elle est accusée de malversation, ou qu'elle s'est remariée dans l'an du deuil; quand le mari a tué sa femme quoique surprise en adultere,

adultere, &c. *Vid. La Roche & Graverol, liv. 2, verb. légitimation, art. 2; Le Brun, des ſucceſſions, liv. 1, chap. 7.*

La ſucceſſion réciproque du mari & de la femme a donc lieu dans ce Royame, en défaut de teſtament & de parens, à l'excluſion des Seigneurs Juſticiers, ce qui s'obſerve même malgré le droit de bâtardiſe : car la femme d'un bâtard ou le mari d'une bâtarde, décédés ſans enfans légitimes & *ab inteſtat*, ſe ſuccedent en vertu de l'Edit *undè vir & uxor*, au préjudice des Seigneurs, comme nous l'avons dit ſur la fin du §. 12, du Titre *de nuptiis*; & l'on juge la même choſe à l'égard du droit deshérence : car la femme ou le mari décédans ſans teſter & ſans aucuns parens, le ſurvivant d'entr'eux ſuccede à l'excluſion du Seigneur Juſticier, *Louet & Brodeau, lettre F. chap.* 22.

Loi relative aux Domaines nationaux du 1er 6bre 1790. §1. art. 4.

A l'égard du droit d'aubaine, la veuve d'un étranger non naturaliſé ne peut pas ſuccéder à ſon mari à l'excluſion du Roi; par cette raiſon que le droit d'aubaine exclut même les parens de l'étranger, & par voie de conſéquence la veuve qui ſeroit exclue elle-même par les parens. *Bacquet, traité du droit d'aubaine, chap.* 33 *&* 34; *Louet & Brodeau, lettre V. chapitre* 13.

On ſuit encore en quelque maniere dans les pays de Droit Ecrit l'authentique du même titre du Code, *undè vir & uxor*, qui donne à la veuve pauvre le quart des biens de ſon mari mort riche, & également au mari pauvre le quart des biens de ſa femme décédée riche, pourvu qu'il n'y ait que trois enfans ou au deſſous, car s'il y en a d'avantage, le ſurvivant ne doit avoir qu'une virile portion, comme l'un d'eux, ſur quoi néanmoins doivent être imputés les legs & autres libéralités qui lui ont été faites par le conjoint prédécédé; cet avantage eſt accordé par la Loi en propriété, s'il n'y a point d'enfans, & en uſufruit ſimplement, lorſqu'il y en a, la propriété devant toujours faire retour aux enfans.

Cette authentique qui a été priſe de la Novelle 117, eſt obſervée aujourd'hui de telle ſorte que la queſtion dépend entierement des circonſtances, c'eſt-à-dire, que ſoit que la veuve n'ait point apporté de dot, ou bien une dot modique avec laquelle elle ne ſauroit vivre conformément à la qualité & aux facultés de ſon mari, on ne lui accorde pourtant qu'une penſion viagere honnête au deſſus de ſa dot & de ſon augment : *Vid. Maynard, liv.* 3, *chap.* 25; *Catellan, liv.* 4, *chap.* 40; *& Vedel, ibid. nouvel Albert, lettre F. chap.* 8; *Le Brun, des ſucceſſ. liv.* 1, *chap.* 7; & non ſeulement on réduit la choſe à une ſimple penſion ſans propriété, lorſqu'il y a des enfans ou des héritiers deſcendans du défunt, mais même lorſque ces héritiers ne ſont que des neveux ou des collatéraux; c'eſt à quoi la Juriſprudence des derniers Arrêts ſemble être fixée. *Vid. Vedel, dict. loc.*

TITRE XI. XII. XIII.

De acquisitione per adrogationem.

De eo cui libertatis causâ bona addicuntur.

De successionibus sublatis quæ fiebant per bonorum venditionem & ex Senatus-Consulto Claudiano.

CES trois Titres sont entiérement inutiles par rapport à nos Usages.

TITRE XIV.

De Obligationibus.

Obligatio est juris vinculum, quo necessitate astringimur alicujus rei solvendæ, &c.

EN général, & comme l'on dit communément, les obligations sont au commencement de volonté, & ensuite de nécessité, *initio voluntatis & posteà necessitatis*, *Leg.* 5, *cod. de obligat. & act.* mais indépendamment de ces obligations que l'on appelle civiles, parce que *Legibus aut Jure civili comprobatæ sunt*, il y en a d'autres qui sont purement naturelles, ensorte qu'elles ne produisent point d'action en Justice, *Leg.* 84, §. 1, *ff. de regul. jur.* comme, par exemple, l'obligation d'un fils de famille qui emprunte de l'argent & autres de cet espece, que la Loi n'a pas trouvé propos d'autoriser par certaines raisons.

On peut s'obliger par des actes ou écrits sous signature privée, ou par des actes publics & pardevant Notaire, comme il résulte de l'Ordnonace de Moulins & de l'Ordonnance de 1667, titr. 20, art. 2, ou bien en Jugement, *nam in Judicio contrahitur*, *Leg.* 3, §. *idem scribit*, *ff. de peculio*, les uns & les autres de ces actes lient également les parties; mais les actes publics que l'on appelle aussi authentiques, ont cet avantage sur les actes de main privée, qu'ils emportent avec soi de plein droit & même sans stipulation une hypotheque sur tous les biens présens & à venir des personnes qui s'obligent, & qu'ils ont même une exécution parée, c'est-à-dire, qu'on peut, en vertu desdits actes & d'une permission du Juge sur requête, ou y faisant apposer le sceau de la Jurisdiction, saisir & exécuter les biens de ceux qui se trouvent obligés, suivant l'Ordonnance de 1539, art. 65, & suiv. *Rebuffe*, *de litteris executor. art.* 1, au lieu que

les actes privés ne donnent point d'hypotheque que du jour de l'aveu & reconnoissance, qui en sont faits ou pardevant un Notaire ou devant le Juge, suivant l'Ordonnance de 1539 art. 92, & même qu'étant avérés, ils ne donnent pas eux-mêmes d'exécution parée, mais qu'il faut ensuite un Jugement de condamnation, ou une permission de Justice, pour pouvoir user de saisie. *Maynard, liv. 3, chap. 2 & 3; Graverol sur la Roche, liv. 2, verb. exécutions.*

Toute sorte de Juges sont compétens pour l'aveu & pour ordonner l'hypotheque des obligations privées, à l'exception du Juge d'Eglise, parce qu'il n'a point de territoire, & l'aveu étant fait, soit par la reconnoissance de la partie, ou, si elle dénie, par la vérification d'écritures, il fait même remonter l'hypotheque au jour & date de l'obligation privée, *Ordonn. de 1539, art. 93*; ce qui s'entend seulement à l'égard de la personne obligée, mais non pas contre un tiers qui auroit contracté dans l'intervale de l'obligation privée à l'aveu avec ce même débiteur. *Theveneau, liv. 2, titr. 19, art. 4 & 5.*

Les contrats & actes publics portent de plein droit l'hypotheque, comme nous l'avons dit, & quand même ils auroient été retenus ou reçus par des Notaires d'un Pays étranger & hors le Royaume, plusieurs Auteurs croient, nonobstant l'Ordonnance de 1629, art. 121, qu'ils peuvent donner hypotheque en France, du jour même de leur date, lorsqu'ils ont été duement contrôlés dans le Royaume; ce qui semble s'induire aussi d'une Déclaration du Roi du 6 décembre 1707. *Vid. Albert, verb. contrats, art. 1; Le Prestre, centur. 4, chap. 80; Instit. pag. 416.*

Les contrats retenus en France par des Notaires Royaux, quoique hors de leur Ressort ou de leur Juridiction dans laquelle ils sont établis, sont aussi valables & donnent hypotheque; mais on oblige seulement lesdits Notaires de rendre les émolumens qu'ils ont perçus aux Notaires des lieux, & de leur remettre l'original des actes pour en délivrer des expéditions aux parties requérantes, ou de les indemniser à ce sujet. *Catellan, livre 3, chapitre 33.*

Quant aux contrats ou actes retenus par des Notaires de Seigneurs hors de leur Juridiction, ou entre des personnes qui ne sont pas domiciliées dans la Juridiction où ils sont établis, ou pour raison des immeubles situés hors de leur Juridiction, ils sont nuls & regardés comme tels; comme aussi les actes même reçus par lesdits Notaires entre des personnes domiciliées dans la Juridiction, bien qu'ils ne soient point nuls, ne peuvent pas cependant donner d'hypotheque sur les biens situés hors de la Juridiction: tout cela est textuellement décidé par une Déclaration du 17 septembre 1697; il est vrai que *Bretonnier sur Henrys, tom. 1, liv. 2, chap. 28, de la pénult. édit.* cite des Arrêts & rapporte diverses autorités qui ont voulu admettre à cet égard quelques distinctions, mais il paroit plus sûr

de s'en tenir au texte de la Déclaration du Roi qui eſt préciſe.

La queſtion ſur la validité d'un teſtament retenu par un Notaire de Seigneur hors de ſa Juriſdiction, ſe préſenta en l'année 1748 à la ſeconde Chambre des Enquêtes du Parlement de Toulouſe, au rapport de M. le Blanc de Saint Fleurian, & quoiqu'on convînt des regles, cependant à cauſe qu'il paroiſſoit que ce même Notaire avoit retenu un grand nombre d'actes pareils, pluſieurs des Juges furent d'avis de confirmer le teſtament; ſur quoi il y eut partage, & je ne ſache point que ce partage ait été jugé.

L'hypotheque en France s'acquiert auſſi par les Jugemens & Arrêts de condamnation en dernier reſſort, ſuivant l'article 53, de l'Ordonnance de Moulins, & même du jour de la Sentence ou Ordonnance rendue par le premier Juge, ſi elle vient à être confirmée par Arrêt, & ce, au préjudice même des créanciers intermédiaires, ſuivant la premiere Déclaration donnée ſur ladite Ordonnance de Moulins. *Vid. Ferrieres, in quæſt.* 26 *de Guypap.*

Quant aux Jugemens ou Arrêts rendus en Pays étranger, il faut en dire de même que des contrats paſſés hors le Royaume, pour ce qui eſt de l'hypotheque, en y ajoutant ce que j'ai remarqué encore à l'égard de ces Jugemens, au Livre premier, Titre II. ſur la fin.

Et pour ce qui eſt des Sentence rendues par des Arbitres, l'hypotheque s'en acquiert ſeulement du jour de l'homologation qui en eſt faite en Juſtice, ou du jour de l'acte de la remiſe qui en eſt faite entre les mains d'un Notaire.

§. *ult.*

Toutes les obligations, chez nous comme chez les Romains, naiſſent des contrats ou des quaſi-contrats, des délits ou des quaſi-délits; mais la ſubdiviſion que Juſtinien fait ici des obligations naiſſant des contrats en quatre eſpeces différentes, *vel re*, *vel verbis*, *vel litteris*, *vel conſenſu*, ne convient pas au Droit François : nous ne reconnoiſſons d'autres obligations que celles qui ſe contractent par le ſeul conſentement des parties, & celles qui outre le conſentement requierent la tradition, *vel conſenſu aut re*; mais nous n'avons pas adopté ni reconnu ces obligations qui ſe contractoient parmi les Romains, par les ſimples paroles en vertu de la ſtipulation, dont il eſt parlé dans le Titre XVI. ci-après, non plus que celle qui ſe contractoit par la ſimple écriture, *& quæ nominibus fieri dicebatur*, dont il eſt fait mention dans le Titre XXII. de ce Livre.

TITRE

TITRE XV.

Quibus modis re contrahitur Obligatio.

Re contrahitur obligatio, veluti mutui datione, &c.

LE prêt eſt un contrat ou une convention par laquelle une perſonne baille à un autre de l'argent comptant, du bled, vin, ou autres choſes conſumptibles par l'uſage, pour s'en ſervir à ſes beſoins & en diſpoſer ainſi que bon lui ſemblera, de façon que les choſes prêtées ſont néceſſairement acquiſes en propriété à celui qui emprunte, & qu'il n'eſt pas obligé de rendre les mêmes eſpeces qu'il a pris, mais d'autres de pareille bonté & valeur d'où il ſuit auſſi que ſi les choſes prêtées venoient à périr après le prêt, quand ce ſeroit même par un cas fortuit, elles périroient pour le compte de celui qui auroit fait l'emprunt, comme il eſt dit dans le paragraphe 2 de ce Titre.

On peut obſerver par le Droit Romoin, *Leg.* 3, *cod. de uſuris*, celui qui prêtoit de l'argent, pouvoit valablement ſtipuler qu'il lui ſeroit payé certains intérêts; mais en France, quelque convention qu'il y ait, l'intérêt des ſommes prêtées n'eſt jamais adjugé au créancier que depuis l'inſtance, c'eſt-à-dire, depuis l'ajournement ou aſſignation en Juſtice, ſuivant l'article 60 de l'Ordonnance d'Orléans, fût-il même queſtion des intérêts d'un prêt dûs à un pupille, ou des intérêts des deniers pupillaires prêtés par un tuteur.

Il faut excepter les Parlemens d'Aix, de Grenoble & de Pau, dans le Reſſort deſquels les intérêts d'un prêt peuvent être ſtipulés, & ſont adjugés, ſuivant la Juriſprudence qui s'y obſerve, en vertu de la convention faite par les parties. *Bretonnier ſur Henrys, tom.* 1, *liv.* 4, *queſt.* 110, *de l'édition de* 1708; *Catellan, liv.* 5, *chap.* 11.

Et il faut excepter encore les obligations entre Marchands & Négocians, dont les intérêts peuvent être valablement ſtipulés, & ſont dûs légitimement.

Henrys loc. cit. traite la queſtion de ſavoir, ſi l'argent mis & dépoſé entre les mains d'un Négociant pour produire intérêt, & ſi on peut le ſtipuler : il rapporte un Arrêt du Parlement de Paris qui a décidé pour l'affirmative; cela fondé principalement ſur ce que c'eſt un dépôt irrégulier, que l'argent qu'on met ès mains d'un Négociant ne demeurant pas inutile entre ſes mains, il n'eſt pas juſte que le profit lui en demeure, & que ce n'eſt pas auſſi dans ce cas l'intention des parties. J'y ajouterai un autre Arrêt rendu le 26 mai 1734 au Parlement de Toulouſe, dans l'eſpece ſuivante : la demoiſelle de Madieres ayant vendu à M. Miramont,

Avocat, une maiſon ſur laquelle il y avoit pour ſept à huit mille livres d'hypotheque à payer, dont le terme ne devoit écheoir que dans quelques années, & M. Miramont acquéreur voulant ſe libérer en plein, il fut convenu que cet argent ſeroit remis entre les mains du ſieur Marguerit, Banquier de Toulouſe, qui s'en chargea par un billet de garde, pour le délivrer dans le tems aux créanciers indiqués, & cependant s'engagea d'en payer l'intérêt à la demoiſelle de Madieres ; mais ayant dans la ſuite voulu conteſter cette ſtipulation d'intérêts, il fut débouté & condamné de les payer par l'Arrêt dont je parle.

Hors des cas ci-deſſus les intérêts d'un prêt ne ſont dûs, malgré toute convention contraire, que depuis l'inſtance ſeulement, le créancier n'étant pas préſumé être en ſouffrance que dès ce jour-là, *Dolive*, *liv.* 4, *chap.* 20, & cela quand le débiteur auroit promis par lettres miſſives de les payer, en demandant du délai, ou quand même il les auroit volontairement payés auparavant, car il n'eſt pas obligé de continuer, *Dolive*, *dict. loc.*

Un commandement même de payer, ou une requiſition extrajudiciaire, ne ſuffit pas pour faire courir les intérêts du prêt, & le commandement, eût-il même été fait en vertu de lettres de rigueur, il ne ſuffiroit pas, s'il n'y avoit eu aſſignation en Juſtice, *Dolive*, *liv.* 4, *chap.* 20 ; *Catellan*, *liv.* 6, *chap.* 21, ou bien s'il n'y avoit eu une ſaiſie faite, parce qu'elle eſt regardée comme un commencement d'inſtance, *Catellan*, *ibid.* au ſurplus les intérêts ſont dus & adjugés depuis l'aſſignation, quoiqu'il n'aient pas été demandés par l'exploit, pourvu qu'ils ſoient demandés par un libel poſtérieur ; il eſt vrai que n'ayant pas été demandés, l'uſage de ne les adjuger que depuis la condamnation intervenue ſur le capital, *Vedel ſur Catellan*, *liv.* 5, *chap.* 70, parce qu'autrement il y auroit une eſpece d'*ultra petita* ; mais venant à être demandés ; quoiqu'après le Jugement, il eſt juſte de les adjuger du jour de la premiere inſtance, non ſeulement comme une peine due à la demeure du débiteur, mais même parce que le créancier eſt toujours préſumé avoir été en ſouffrance du jour qu'il a demandé le capital, quoique par inadvertance il ait omis de demander les intérêts. *Boutaric*, *Inſtit. pag.* 419.

Quoique les intérêts d'un prêt ne ſoient point dus en vertu du pacte par lequel le débiteur a promis de les payer, on juge néanmoins dans ce Reſſort que le débiteur ne peut ni les répéter, s'il les a payés, ni les faire imputer ſur le capital qu'il doit, ce qui s'entend néanmoins, pourvu que leſdits intérêts n'aient pas été payés ſur un pied plus fort que le taux des Ordonnances, car autrement on pourroit répéter ou faire imputer l'excédant ; & il en eſt de même des intérêts liquides entre le débiteur & le créancier : car on juge qu'ils deviennent ſi bien acquis par le moyen de la liquidation, qu'ils ne peuvent être ni répétés ni imputés, non plus que des inté-

rêts payés, & que la liquidation a le même effet que le payement, *Catellan, liv.* 5, *chap.* 70, & cela a été jugé en plus forts termes par un Arrêt du Parlement de Toulouse rendu le premier avril 1737, au rapport de M. de Palarin, en confirmant une Sentence du Sénéchal d'Auch, entre le sieur du Barry & le sieur Roques Rechou, son débiteur de la somme de 3000 liv. pour prêt, avec stipulation d'intérêts par un acte de l'année 1714, payable dans une année; car long-tems après ledit sieur Rechou ayant fait avec le sieur du Barry une liquidation desdits intérêts dont il lui fit son billet privé, & ayant été assigné en payement de ce billet, il prit des Lettres pour être restitué en entier, pour la raison qu'il s'agissoit des intérêts d'un pur prêt; mais il en fut débouté, parce qu'on jugea que la liquidation devoit avoir le même effet que le payement.

Par ce même Arrêt il fut décidé qu'il n'y a point de restitution contre un billet sans cause, c'est-à-dire, ou la cause n'est pas énoncée: car le débiteur prenoit aussi un moyen de restitution, de ce qu'il avoit fait le billet sans y exprimer la cause de l'obligation; ce dernier point est conforme à la doctrine de *Maynard liv.* 7, *chap.* 66, ce moyen est en effet trop subtil & même contraire à la bonne foi, & les juges convinrent qu'on n'a égard aujourd'hui qu'à la fausse cause.

Au Parlement de Paris on juge que les intérêts d'un prêt, quoique volontairement payés, sont sujets à la répétition & à l'imputation sur le capital, mais nous suivons la Loi 3, *cod. de usuris*, suivant laquelle, *usuræ solutæ non repetuntur. Vid. Brodeau sur Louet, lettre I. chap.* 8.

Les intérêts ne peuvent pas cependant excéder le capital, & quand ils l'égalent, ils cessent de courir, *Leg.* 27, *cod. de usuris*, ensorte qu'on ne les adjuge qu'à l'égard du sort principal; mais il y a plusieurs cas exceptés de cette regle, tels que les intérêts des dots, des légitimes, des droits successifs, du prix des ventes de fonds, lesquels courent aussi de plein droit & sans demande; les intérêts ou payés *per particulares solutiones*; les intérêts dûs par Sentence ou Arrêt de condamnation, & ceux qui ont couru par les chicannes du débiteur, malgré les diligences & poursuites du créancier; les intérêts payés par les cautions, &c. *Vid. Graverol sur La Roche, liv.* 5, *verb. usures, art.* 8.

Au reste, le taux des intérêts a été différemment réglé suivant les tems: car par les anciennes Ordonnances de nos Rois ils étoient fixés au denier douze, ils furent ensuite réduits au denier seize, puis au denier dix-huit, puis ils furent fixés au denier vingt; enfin par un Edit du mois de juin 1724 régistré au Parlement de Toulouse le 11 septembre de la même année, les intérêts furent réglés sur le pied du denier trente; & par un autre Edit du mois de juin 1725 régistré le 9 juillet suivant il fut remis sur le pied du denier vingt, comme ils sont encore actuellement.

On peut au surplus remarquer que dans le Ressort du Parlement de Tou-

louſe les intérêts dans la diſtribution des biens d'un débiteur diſcuté ne ſont alloués à ſes créanciers qu'en dernier rang & après toutes les ſommes principales, contre la diſpoſition du Droit Romain, *Leg. Lucius Titius*, *ff. qui potiores in pign. hab.* & contre l'uſage des autres Parlemens, où les intérêts ſont colloqués au rang du capital : on excepte pourtant même de cette Province certains cas favorables où l'on alloue les intérêts au rang du capital, comme les intérêts des dots, des légitimes, des droits ſucceſſifs, ceux du prix des choſes vendues, & les intérêts payés par les cautions; parce qu'ils ſont à leur égard un ſort principal. *Dolive*, *livre* 4, *chapitre* 21.

Sur quoi il faut obſerver que les intérêts de la dot ne ſont alloués au rang du principal que quand elle eſt demandée ſur les biens du mari ou beau-pere qui l'ont reçue : car ſi elle eſt demandée par la femme ou ſes enfans ſur les biens du pere ou autre conſtituant, les intérêts n'en ſont alloués qu'au dernier rang & par concours avec les intérêts des autres créanciers, tout comme la légitime elle-même ou les légats ne ſont alloués qu'après les intérêts dus aux créanciers, *cùm bona non dicantur, niſi deducto ære alieno.*

Et il faut remarquer encore que les intérêts du prix des immeubles vendus n'ont le privilége d'être alloués au rang du principal, que ſur la vente ſéparée deſdits immeubles : car ſur les autres biens du diſcuté ils ne ſont alloués qu'au dernier rang.

Si les intérêts du prêt ſont défendus, comme nous venons de le dire, les intérêts le ſont encore d'avantage; c'eſt ce qu'on appelle anatociſme, & que la Loi nomme, *improbum fœnus*, *Leg. improbum*, *cod. ex quib. cauſ. infam. irrog.* ainſi ils ſont étroitement prohibés, ſoit qu'on eût ablotté des intérêts avec des ſommes capitales pour leur faire produire d'autres intérêts, ce qui eſt même défendu par l'Ordonnance du Commerce de 1673, titr. 6, art. 1. ſoit qu'il s'agiſſe des intérêts deſcendans des contrats ou des choſes jugées : car les intérêts ne peuvent jamais produire d'autres intérêts. *Dolive*, *liv.* 4, *chap.* 32.

On excepte pourtant de cette regle qui défend l'anatociſme, les pupilles, en ce que les intérêts ablottés avec le capital dans un reliqua de tutelle portent intérêt depuis la clôture du compte en leur faveur. *Dolive*, *ibid. Catellan*, *liv.* 8, *chap.* 5.

On en excepte encore les intérêts que la caution a payé au créancier à la décharge du débiteur principal, parce qu'à ſon égard *vice ſortis funguntur*, & on lui en adjuge les intérêts depuis la demande : ſur quoi, voyez ce que nous avons dit ci-après ſur le Titre *de fidejuſſoribus*, §. 6, *Dolive*, *ibid.*

Et on excepte pareillement le cas où les intérêts ſont entrés en ſurdite dans un Décret, ſuivant *Graverol ſur La Roche*, *liv.* 6, *titr*, 54, *art.* 3.

On

On excepte encore un autre cas où les intérêts peuvent produire des intérêts, savoir, lorsqu'il y a changement du débiteur & de la nature de la dette, comme, par exemple, lorsque celui qui doit un capital & des intérêts, cede & transporte en payement à son créancier pour le tout, un capital qui lui est dû par une tierce personne : car si le cessionnaire n'est pas payé sur le champ, il sera en droit de demander au débiteur cédé les intérêts de l'entier capital par lui dû, sans que le débiteur puisse s'en défendre ; parce que sa condition est toujours la même, & qu'il ne paye que des intérêts d'un capital, comme il auroit été obligé de les payer au cédant ; & cela a été jugé de même par un Arrêt rendu le 18 août 1713 en la Grand-Chambre du Parlement de Toulouse, au rapport de M. de Long, pour la Dame Charlote David, veuve du sieur Hugon, Conseiller au Parlement de Bordeaux, contre le sieur du Bourg, Baron de Fontaine. Il en seroit autrement, s'il n'y avoit pas changement de débiteur, mais simplement changement de créancier, comme, par exemple, lorsque le créancier auquel il est dû un capital & des intérêts, cede le tout à un tiers : car ce tiers cessionnaire ne pourra pas, faute de payement, demander au débiteur les intérêts de l'entiere somme cédée, non plus que le créancier cédant n'auroit pu le faire, quoi qu'en ait pensé *Le Prestre*, *centur.* 2, *chap.* 30 ; Voyez *Brodeau sur Louet*, *lettre R. chap.* 55.

Ce que nous avons dit, que les intérêts ne peuvent pas produire des intérêts, s'entend aussi des fruits, rentes ou loyers, lesquels ne peuvent pas non plus produire des intérêts, même depuis la demande en Justice, & on ne les adjuge pas, quoique lesdits fruits ou rentes eussent été liquidés entre le créancier & le débiteur, ou quoiqu'il s'agisse d'une restitution de fruits liquidée par une transaction ou par un Arrêt.

Les intérêts des arrérages de rente ou censive dûs au Fermier de cette rente, & liquidés entre lui & l'emphitéote, sont néanmoins adjugés du montant de la somme liquidée à ce Fermier depuis la demande en Justice, parce qu'à son égard on peut dire que la somme liquidée est un capital qui lui représente le prix de la Ferme ; mais on les refuse au Seigneur lui-même qui auroit liquidé avec son emphitéote de tels arrérages. *Catellan*, *liv.* 6, *chap.* 6.

On refuse pareillement ces intérêts au cessionnaire du Seigneur, comme le représentant, bien que ce cessionnaire ait fait la liquidation des arrérages des censives avec les emphitéotes, comme il a été jugé par un Arrêt de la Grand-Chambre du Parlement de Toulouse, rendu le 29 Décembre 1530, en faveur de la Dame la Castre, pour laquelle j'avois écrit, contre le sieur Esteve, de la ville de Saint-Pons, cessionnaire des héritiers de M. de Mongaillard, Evêque de ladite ville.

Au surplus, en fait d'usure, c'est-à-dire, d'intérêts excessifs, on oblige le créancier qu'on prétend les avoir exigés, à jurer là-dessus contre soi-

même ; & on oblige pareillement le créancier, dans le cas de l'anatocisme, à jurer, s'il est vrai qu'il a des intérêts accumulés avec le capital.

Les rentes constituées à prix d'argent sont quelque chose de différent des intérêts d'un argent prêté ; elles ont été approuvées par des Papes dans les Extravagantes, 1 & 2, *de emption. & vendit.* & les contrats de constitution de rente sont valables, comme l'observe *Du Moulin*, *tract. de usuris*, *quæst.* 50, sous trois conditions. Premierement, qu'il y ait aliénation du fort principal pour toujours, & qu'il ne puisse être répété par le créancier qui a acquis la rente ; ce qui n'empêche pas pourtant que le créancier ne puisse se réserver l'exaction de son capital, en cas de cassation du payement de la rente, pendant deux ou trois années ; il est vrai qu'on reçoit toujours le débiteur à payer les arrérages échus, & à purger sa demeure dans un brief délai qu'on lui accorde. *Catellan*, *liv.* 5, *chap.* 20.

En second lieu, il faut que le débiteur de la rente ait à perpétuité, & toutes les fois qu'il veut, la faculté de la racheter, c'est-à-dire, de s'en libérer, en remboursant le fort principal ; mais cela n'empêche pas non plus qu'il ne soit permis au créancier de la rente de stipuler qu'en cas de remboursement il sera averti quelque tems d'avance.

En troisieme lieu, il est requis que la rente ne soit pas constituée sur un pied plus haut que celui de l'Ordonnance, qui est le même auquel les intérêts sont fixés, & qui est actuellement, comme nous l'avons dit, à raison du dernier vingt ; & comme on pourroit éluder cette regle & pratiquer des usures, en stipulant que la rente, quoiqu'acquise à prix d'argent, seroit payée en grains, dont le prix peut considérablement augmenter : c'est pour cette raison que l'Ordonnance de Charles IX. du mois de novembre 1565 déclare réductibles en argent toutes les rentes constituées en grains, pour si anciennes qu'elles soient, & pour quelque prix qu'elles aient été acquises. *Vid. Theveneau*, *liv.* 2, *pag.* 335.

En effet, les rentes acquises à prix d'argent, bien qu'établies payables en grains, ne sont que des rentes constituées ou volantes, & nullement foncieres : car il n'y a de rentes vraiment foncieres, que celles qui ont été établies *in traditione fundi* ; qui par cette raison ne sont ni réduites ni rachetables, si la faculté de rachat n'a été convenue & stipulée, & qui sont également impreſcriptibles quant au droit de les exiger, car les arrérages s'en preſcrivent toujours par trente ans. *Vid. Dolive*, *liv.* 2, *chap.* 21 & 22 ; *Catellan & Vedel*, *liv.* 1, *chap.* 7, & *liv.* 3, *chap.* 4.

Au reste, les Auteurs sont en controverse pour savoir, si, lorsque la faculté de racheter une rente fonciere ou obituaire, *certo pretio*, & quand on voudra, a été stipulée ou accordée par l'acte, cette faculté, quoique contenue dans un acte qui est impreſcriptible de sa nature, est néanmoins sujette à la preſcription de trente ans ; ensorte qu'après ce tems-là cette faculté ne puisse plus être exercée : la plupart sont d'avis que cette fa-

culté se prescrit par le laps de trente ans, comme étant une convention étrangere qui n'est ni de l'essence ni de la substance de l'acte: *Vid. Dolive, liv.* 2, *chap.* 22; *Dunod, des prescriptions, pag.* 304: cependant le Commentateur de *Catellan, liv.* 1, *chap.* 7, rapporte deux Arrêts contraires en matiere de rente à locateri perpétuelle.

Pour ce qui est des rentes constituées à prix d'argent ou volantes, elles sont soumises à la prescription de trente ans, quoique le sort principal n'en soit pas exigible, c'est-à-dire, que par la cassation du payement durant trente ans le débiteur de la rente constituée prescrit tant ladite rente pour l'avenir que le capital même de la constitution; ce qui a lieu, quand même ladite rente constituée auroit été assignée sur un fonds, ou payable en grains, comme nous venons de le dire. *Dunod, des prescript. part.* 3, *chap.* 7, *pag.* 307; *Duperier, liv.* 4, *quest.* 27.

Néanmoins le créancier de la rente constituée à prix d'argent peut pour se garantir de la prescription, s'il n'a pas pris quelque ampliation des quittances qu'il a fournies, être reçu à prouver que la rente lui a été payée depuis moins de trente ans, & à faire cette preuve non seulement par les livres ou regîtres du débiteur de la rente, mais même par témoins, quoiqu'il s'agisse de plus de 100 liv. parce que la chose gît en un pur fait dont on n'a pas coutume de passer des actes; cela a été ainsi jugé par ur Arrêt du Parlement de Toulouse, rendu au rapport de M. de Trenqualie, le 25 février 1734, sur l'appel d'une Sentence du Sénéchal de Carcassonne, qui fut confirmée, & qui avoit admis le créancier d'une rente constituée de 200 liv. pour parer à la prescription qui lui étoit opposée, à prouver par témoins qu'il avoit été payé de cette rente depuis moins de trente années.

Il faut encore observer, que quoique les arrérages des rentes foncieres, & même des rentes obituaires ausquelles on donne tous les privileges des rentes foncieres, ne se prescrivent que par trente ans, & qu'il puisse par conséquent être demandés de vingt-neuf ans avant l'instance, suivant *La Roche & Graverol, traité des droits Seign. chap.* 6, *art.* 1 *&* 13, *Dolive, liv.* 6, *chap.* 6, les arrérages au contraire des rentes constituées se prescrivent par le laps de cinq ans, & ne peuvent être demandés ni adjugés que de cinq années avant l'introduction de l'instance, car au-delà desdites cinq années il y a prescription & fin de non-recevoir, suivant l'Ordonnance de Louis XII. de l'an 1510, & *Theveneau, livre* 2, *titre* 14, *article* 3, *page* 339.

Mais au lieu que les simples intérêts ne sont alloués dans les instances de distribution qu'au dernier rang & après tous les capitaux, les arrérages des rentes constituées desdites cinq années avant l'instance sont alloués au même rang que le capital, & l'on accorde le même privilege à ceux qui ont couru depuis l'instance, & à ceux qui se trouvent avoir été liquidés

par un acte public ou par une Sentence, quoiqu'au-delà des cinq années avant l'instance. *Catellan*, *liv.* 6, *chap.* 35.

Au reste, cette prescription de cinq années ne regarde que les rentes constituées à prix d'argent : car les arrérages des rentes constituées pour vente de fonds, pour soulte de partage, & autres choses qui produisent des fruits, sont dûs depuis vingt-neuf années.

On peut de plus remarquer deux autres différences entre les intérêts & les rentes constituées. La premiere est que, quoique pour faire courir les intérêts d'un prêt il faille une assignation ou instance judiciaire, & qu'un simple commandement ne suffise pas, comme nous l'avons dit au commencement de ce Titre, néanmoins il n'est pas besoin d'un ajournement à l'égard des arrérages des rentes constituées : car un simple commandement extrajudiciaire fait dans les cinq années suffit pour interrompre cette prescription, & pour faire adjuger les arrérages de la rente constituée au-delà desdites cinq années. *Theveneau*, *ibid. pag.* 340.

La deuxieme différence consiste en ce que, bien que les intérêts & les rentes constituées soient fixés sur le même taux, néanmoins à l'égard des rentes constituées elles se payent toujours suivant les anciens contrats de constitution, les Edits qui ont réduit les intérêts n'ayant à cet égard aucun effet rétroactif, & ayant au contraire réservé les constitutions de rentes antérieures ; parce qu'il suffit en effet qu'elles aient pu être stipulées légitimement sur un plus haut pied, eu égard au tems du contrat, par celui qui sous cette condition aliénoit son capital : *Vid. Dolive*, *liv.* 1, *chap.* 6, *nouvell. addit. in fine* ; *Bardet*, *tom* 1, *liv.* 3, *chap.* 16 : de sorte qu'il y a encore aujourd'hui des rentes constituées qui se payent au denier seize ou dix-huit, quoiqu'il ne soit plus permis d'en constituer qu'au denier vingt ; au lieu qu'à l'égard des intérêts il n'en est pas de même, & les arrérages n'en peuvent être dûs aujourd'hui qu'au denier vingt.

§. 1. *Is qui non debitum accepit, ab eo qui per errorem solvit, re obligatur, daturque propter repetitionem condictitia actio.*

Il est ici parlé de la répétition des sommes non dues & payées, & il en est parlé encore dans le §. 6, du Titre XXVIII. de ce Livre ; or sur cela voici ce qu'il faut savoir.

1°. On peut payer une somme qui est véritablement due, mais que celui qui la paye, ne doit pas ; c'est alors payer pour autrui, & au nom d'autrui, ce qui est libre & permis, *infrà*, *quib. mod. tollitur obligat. in princip.* & si on le fait sciemment, il n'y a pas de répétition sur le créancier qui n'est pas tenu de rendre, car il n'a recu que ce qui lui étoit dû, *& repetitio nulla est ab eo qui suum recepit*, *Leg.* 44, *ff. de condict. indebit.* & il a été libre au tiers d'acquitter le véritable débiteur, auquel cas ce tiers

n'a

n'a recours que sur le débiteur dont il a fait la libération. *Leg.* 67, §. 1, *ff. eodem.*

Une femme elle-même, quoiqu'elle ne puisse pas s'obliger pour autrui, & qu'elle ne soit relevée par le bénéfice du Velleyen, peut néanmoins payer pour autrui, & au nom d'autrui, sans pouvoir en être restituée, ni répéter du créancier ce qu'elle lui a payé, à moins qu'elle n'eût fait ce payement en conséquence d'une obligation ou intercession précédente, à laquelle elle se seroit soumise, en faveur du débiteur; auquel cas la restitution lui est accordée. *Leg.* 1, *& Leg.* 9, *cod. ad Senatus-Consult. Velleianum.*

2°. Pour ce qui est des payemens qu'on a fait pour soi-même & à son nom, il faut distinguer : car si l'on a payé une somme qu'on ne devoit pas, ni par aucune obligation civile, ni même par aucune obligation naturelle, on peut toujours la répéter, sans examiner si le payement a été fait par erreur de fait ou de droit : ainsi celui qui a payé par erreur, & pensant être débiteur, ce qu'il ne devoit pas, peut sans difficulté le répéter, *Leg.* 15. *ff. de condict. indebit. Leg.* 10, *cod. de jur. & fact. ignor.* & il en est de même, lorsqu'on a payé plus qu'on ne devoit, *Leg.* 26, §. 5, *ff. de condict. indebit.*

Comme aussi celui-là même qui a payé à un créancier ce qui lui étoit dû par un autre, non pas au nom du débiteur, mais à son propre nom, peut répéter ce payement dudit créancier; ainsi, par exemple, si un héritier présomptif sachant la mort de son parent, & ignorant qu'il y eût un testament qui le prive de la succession, en acquitte une dette, croyant s'acquitter soi-même comme héritier, & y employant son argent, le créancier qui aura reçu cet argent, sera tenu de le rendre, & conservera seulement son droit sur la succession, *Leg.* 19, §. 1, *ff. de condict. indebit.* cependant si ce créancier avoit anéanti le titre de sa créance, comme si c'étoit une obligation qu'on eût déchirée, ensorte que sa dot fût perdue, ou en péril, il faudroit dire qu'en ce cas le payement subsisteroit, que celui qui l'auroit fait, devroit s'en imputer la faute, & qu'il n'auroit que son action contre l'héritier pour recevoir ce qu'il auroit payé à son acquit.

Si au contraire on a payé une somme qu'on ne devoit pas par une obligation civile, mais pour laquelle il y avoit une obligation naturelle, alors on ne peut pas la répéter, *Leg.* 10. *ff. de obligat. & actionib.* puisque ce qui est dû naturellement, ne peut pas passer pour une somme non due, quoique la Loi civile ne donne pas d'action pour la demander; ainsi, par exemple, si une femme qui s'est obligée sans l'autorité de son mari, dans les Pays où cette autorisation est nécessaire, étant veuve acquitte cette obligation, elle ne pourra revenir contre le payement qu'elle aura fait, non plus qu'un fils de famille qui ayant emprunté de l'argent, contre la dé-

fenſe du Sénatus-Conſulte Macédonien, paye la ſomme empruntée étant devenu pere de famille.

Il y a même des Loix & des Auteurs qui dans le cas de la ſimple obligation naturelle diſtinguent, & décident que lorſqu'on a payé ou acquitté par ignorance ou erreur de droit une obligation naturelle, on ne peut pas à la vérité répéter le payement; mais qu'on le peut, ſi on l'a payée ou acquittée par ſimple erreur de fait : *Vid. Vinnius, Inſtit. de obligat. quæ quaſi ex contractu*, §. 6, *n.* 3 : par exemple, un fils de famille qui a emprunté de l'argent s'en acquitte après la mort de ſon pere, mais croyant que ſon pere vivoit encore, c'eſt-à-dire, errant dans le fait, il peut répéter; ce qu'il ne pourroit pas faire errant dans le droit & ignorant le bénéfice du Macédonien, *Leg. ult. ff. de Senatus-Conſult. Macedon.* Un héritier paye les entiers légats ſans retenir la quarte, croyant qu'elle lui reſteroit encore dans les biens de la ſucceſſion, c'eſt-à-dire, errant dans le fait, il pourra répéter ladite quarte; ce qui ne lui ſeroit pas permis, s'il avoit erré dans le droit, croyant que cette détraction ne lui étoit pas permiſe, à moins qu'il ne fût mineur; *Leg.* 9, *cod. ad Legem Falcidiam*, *Leg.* 2, *cod. ſi adversùs ſolut.* mais ces erreurs dans le fait ou dans le droit étant difficiles à diſtinguer & à découvrir, c'eſt à celui qui les allégue de les établir & d'en faire la preuve.

Sur ce que deſſus on a demandé, ſi une dette preſcrite peut être compenſée avec une autre qui ne l'eſt pas, & qui n'a été contractée qu'après que la preſcription a été accomplie, ou même ſi le payement fait d'une dette preſcrite pourroit être répété : ces queſtions dépendent aſſez du point de ſavoir, ſi la preſcription éteint non ſeulement l'obligation civile, mais encore l'obligation naturelle; & l'on tient communément que ce qui eſt preſcrit, n'eſt pas dû même naturellement, parce que la preſcription a l'effet d'un véritable payement; enſorte qu'il ne ſauroit y avoir lieu alors à la compenſation.

Du reſte, j'ai parlé d'une dette contractée après que la preſcription ſe trouve déja accomplie, parce que ſi elle avoit été contractée avant la préſcription complette, & qu'elle fût liquide & compenſable, on déclaroit la compenſation s'en être faite avec l'ancienne dette du jour dudit contrat, & à concurrence, comme nous l'expliquerons ci-après ſur le §. 39 du Titre *de actionibus.*

Il y a plus de difficulté encore pour ce qui eſt de la répétition du payement d'une dette qui etoit preſcrite : car bien que pluſieurs Auteurs penſent qu'il peut y avoir lieu à la répétition, ils conviennent néanmoins que cette répétition doit être refuſée toutes les fois que le débiteur qui a payé la dette preſcrite, avoit connoiſſance de la preſcription; ils ajoutent même qu'il eſt preſqu'impoſſible qu'il n'ait pas eu cette connoiſſance, & qu'ainſi ce ſeroit une injuſtice de lui permettre de répéter un payement qu'il a fait

volontairement pour satisfaire à sa conscience & à la bonne foi, si ce n'est qu'il parût que le créancier l'a surpris & trompé ; ce qu'on ne doit jamais présumer, s'il n'y a une preuve manifeste.

J'ai décidé en l'année 1743, nonobstant une Sentence qui avoit jugé le contraire, qu'un créancier dont la dette se trouvoit prescrite, n'étoit pas recevable à demander que le prétendu débiteur fût tenu de jurer s'il n'étoit vrai que même depuis la prescription acquise il lui avoit plusieurs fois promis de le payer; & cela avec raison, parce que la prescription tenant lieu du payement, l'aveu même du débiteur n'auroit pu aboutir à rien d'utile.

Du reste, en répétant une somme non due qu'on a payée, on ne peut en prétendre les intérêts que du jour de l'instance en répétition, lorsque la somme a été payée volontairement, *Leg. cod. de condict. indebit.* mais si on l'avoit payée par contrainte, on seroit alors en droit d'en prétendre tous les intérêts; comme aussi quand il s'agît d'un fonds baillé mal-à-propos & par erreur, ou d'autres choses de cette espece qui produisent des fruits, alors on a droit de répéter le fonds & les fruits, *Leg.* 15, *& Leg.* 65, §. 5, *ff. eodem* ; & de plus on peut répéter les intérêts qu'on auroit payé mal-à-propos d'une somme non due, parce qu'ils tiennent lieu de principal, *Leg.* 18, *cod. de usuris.*

§. 2. *Item is cui res aliqua utenda datur, id est, commodatur, re obligatur.*

Le *commodat*, que nous appellons prêt à usage, est lorsqu'on prête un meuble ou autre chose de cette espece à quelqu'un gratuitement, pour s'en servir & la rendre après un certain tems : & cette convention est différente d'un prêt d'argent & des autres choses qui se consument entierement quand on en use : car dans le *commodat* le bailleur demeure le maître de la chose, de sorte qu'elle périt pour son compte, quand elle vient à périr par un cas purement fortuit, ou par une force majeure à laquelle le commodataire n'ait pas pu résister : car du reste, comme le *commodat* est est entierement pour l'utilité du commodataire, il est responsable de sa faute, quelque légere qu'elle soit, étant tenu d'apporter à la conservation de la chose prêtée toute la diligence qu'un pere de famille très-attentif y pourroit apporter lui-même, & c'est pourquoi il ne peut se servir de la chose qu'à l'usage qui lui en a été permis ; on présume même dans le doute que lorsque la chose ou l'animal prêté vient à périr, c'est par la faute de celui qui l'a emprunté, s'il ne prouve évidemment le contraire.

De-là vient aussi que si le commodataire a baillé la chose prêtée à quelqu'un, pour l'apporter & la rendre au prêteur, & qu'elle se soit perdue entre les mains d'un tel porteur, il en est responsable, quand même ce porteur seroit venu dire faussement qu'il étoit envoyé de la part du maître à l'effet de la recevoir, parce qu'il devoit exiger un écrit du prêteur, à

moins que cet homme ne fût un ſerviteur ou un agent auquel le prêteur eût acoutumé de confier ſes propres biens. *Leg.* 10, 11 & 12, *ff. commodati.*

Le commodataire eſt au ſurplus tenu des cas fortuits, lorſqu'il s'y eſt par exprès obligé, *Leg.* 1, *cod. de commodato*, ou que la choſe lui a été baillée eſtimée, & qu'il a promis d'en rendre l'eſtimation. *Leg.* 5, §. 3, *ff. eodem.*

Le commodataire eſt encore tenu aux dommages, s'il ne rend pas la choſe prêtée au tems où il devoit la rendre ; il doit au ſurplus rendre, s'il ſe peut, la même choſe qui lui a été prêtée, ſans qu'il puiſſe la preſcrire par aucun tems, & ſans qu'il puiſſe s'en diſpenſer, ſous prétexte qu'alle eſt à autrui, *Leg.* 16. *ff. commodati*, ou ſous prétexte qu'il lui eſt dû quelque ſomme par le prêteur ; en un mot, ſans qu'il puiſſe oppoſer aucune compenſation. *Leg. ult cod. eodem.*

§. 3. *Is apud quem res aliqua deponitur, re obligatur, teneturque actione depoſiti.*

Il eſt ici parle du dépôt volontaire qui ſe fait à loiſir & avec liberté, différent par conſéquent du depôt néceſſaire que l'on fait à la hâte & ſans choix, dans les cas d'incendie, ruine, naufrage, tumulte, & autres événemens imprévus.

Le dépôt, ſoit volontaire, ſoit néceſſaire, étant fait gratuitement entre les mains d'un particulier, il n'oblige le dépoſitaire qu'à raiſon de ſon dol ou de ſa grande faute, enſorte qu'il n'eſt pas reſponſable de la perte ou détérioration du dépôt ſurvenue par cas fortuit, ou autrement, comme il eſt dit dans ce paragraphe ; mais les dépoſitaires publics, comme ſont les receveurs des conſignations, & autres, ſont non ſeulement tenus de leur dol, mais encore de la perte arrivée par leur ſeule négligence, parce qu'ils ſont payés, au moyen des droits qui leur ſont attribués, de la garde des ſommes & choſes dépoſées.

La nature du dépôt eſt d'être fait en eſpece & non en une quantité ; de-là vient auſſi que le dépôt doit être rendu en mêmes eſpeces, & ne peut pas être changé : car ſi un dépôt étoit fait en quantité, par exemple, d'une ſomme de 1000 liv. qui n'eût pas été baillée dans un ſac cacheté, le dépoſitaire ne ſeroit tenu qu'à rendre la même ſomme, cela ſeroit regardé plutôt comme un prêt que comme un dépôt, *Leg.* 31, §. 1, *ff. locati*, & par cette raiſon ce dépoſitaire pourroit être tenu des diminutions ſurvenues dans l'intervale, comme il a été jugé en effet par un Arrêt du Parlement de Toulouſe du premier ſeptembre 1731 ; au lieu que dans le cas du dépôt fait en eſpeces, les diminutions, tout comme les augmentations naturelles, ſont au profit ou à la perte du dépoſant. *Vid. Maynard, livre* 3, *chapitre* 31 ; *La Roche & Graverol, livre* 2, *verb. dépôt, art.* 3.

De-là

De-là vient encore que le dépositaire n'étant que gardien du dépôt, il ne peut s'en servir à ses propres usages ; & s'il s'agit d'une somme d'argent qu'il ait employé à son profit, il en doit les intérêts.

Le dépositaire ne peut pas non plus prescrire le dépôt, & si la chose déposée existe & se trouve en nature, & que le dépositaire ou successeur ne puissent pas montrer qu'ils la possèdent par un autre titre, ils doivent la rendre même après mille ans ; mais si le dépôt n'existe plus, on présume après trente ans qu'il a été rendu, & l'héritier du dépositaire n'est tenu qu'à se purger par serment sur son ignorance du dépôt. *Graverol sur La Roche, dict. loc.*

Il faut dire du dépôt ce que nous avons dit du prêt à usage, savoir, qu'un dépositaire ne peut jamais retenir le dépôt sous prétexte de compensation, ni opposer aucunes autres exceptions au déposant. *Leg.* 11, *cod. depositi.*

Au surplus, nous avons déja parlé sur le §. 25, *suprà de légatis*, de ces dépôts irréguliers ou secrets, faits pour être remis après la mort du déposant à une tierce personne, & nous n'y reviendrons pas.

Le dépôt volontaire ne peut être prouvé, si on le dénie, que par un écrit public ou privé, & on n'en recevroit pas la preuve par témoins au dessus de la somme ou valeur de 100 liv. à moins qu'il n'y en eût déja quelque commencement de preuve par écrit ; au lieu qu'à l'égard des dépôts nécessaires ou forcés, faits en cas d'incendie, ruine, naufrage, & autres accidens imprévus, la preuve par témoins en est admise, quand même il n'y auroit pas de commencement de preuve par écrit, & à quelque somme qu'ils puissent se porter, suivant l'Ordonnance de 1667, titr. 20, art. 2 & 3 : bien plus, en fait de dépôt nécessaire, le dépositaire peut être contraint par corps à la restitution, suivant la même Ordonnance de 1667, titr. 34, art. 4.

Il y a une autre espece de dépôt nécessaire, dont il est parlé dans la même Ordonnance de 1667, titr. 20, art. 4, qui est le dépôt fait, en logeant dans une hôtellerie, entre les mains de l'hôte ou de l'hôtesse, ou dans leur logis, & cette Ordonnance permet aux Juges d'en donner ou admettre la preuve par témoins, suivant la qualité des personnes & les circonstance du fait.

Là-dessus il faut savoir, qu'un hôte est responsable des effets, argent, ou autres choses portées par les voyageurs dans son logis, & qui ont été volées ou perdues, quand même lesdits effets ne lui auroient pas été baillés en garde, ni déposés entre ses mains, & qu'il ne s'en seroit pas chargé expressément ; & il est aussi responsable civilement du fait de ses domestiques, ou autres personnes logées dans son hôtellerie, même quelquefois du vol qui pourroit en avoir été fait par d'autres voyageurs ou passans, ce qui est un peu dur : la nécessité qu'il y a de s'en fier aux hôtes & la sûreté publique l'ont ainsi établi, & on n'excepte guere que le cas où le

vol & la perte des effets seroient arrivés par des accidens purement fortuits, ou dont le soupçon ne peut tomber ni sur l'hôte, ni sur ses domestiques, ou enfans, ni sur ceux qu'il a reçu dans son hôtellerie; ce qui est assez conforme à la disposition du Droit dans le Titre du Digeste, *nautæ*, *caupones*, *stabularii*, *&c.*

Il y a un Arrêt du Parlement de Toulouse du 27 février 1698, par lequel le nommé Plaigne, hôte de la ville de Saint Gaudens, fut condamné de payer à Bonnes, Marchand Gantier de Toulouse, la valeur de ce qui lui avoit été volé de nuit dans son hôtellerie, quoique Plaigne ne s'y trouvât pas cette nuit que le vol avoit été commis : & néanmoins il y a un autre Arrêt du 5 juin 1696, qui en pareil cas mit Jeanne Descole, hôtesse du logis du Cygne à Montpellier, hors de cour & de procès, quoique le voleur fût un domestique du logis; mais cet Arrêt ne doit pas être tiré à conséquence : cette matiere dépend souvent des circonstances. *Vid. Maynard*, *liv.* 8, *chap.* 82 *&* 83; *Papon*, *liv.* 23, *titr.* 6, *art.* 4; *Journal du Palais*, *tom.* 1, *pag.* 624; *Le Prestre*, *centur.* 1, *chap.* 19; *Danty*, *de la preuve par témoins*, *part.* 1, *chap.* 3, *n.* 16, *& suiv.*

Maynard, *liv.* 8, *chap.* 83, décide que l'hôte est même responsable des vols faits dans son hôtellerie par des larrons étrangers venus de dehors durant la nuit, & en cite des Arrêts, de même que *La Roche*, *liv.* 6, *titr.* 57; ce que je ne saurois admettre que dans les cas où les portes ou murs du logis n'auroient pas été en bon état, ou qu'il y auroit quelque soupçon d'intelligence contre l'hôte.

Lorsqu'il n'y a pas de preuve, soit par écrit ou par témoins, de la valeur, qualité ou quantité des effets volés dans le logis, on donne même quelquefois contre l'hôte le serment *in litem*, jusqu'à une certaine somme, à celui qui se prétend volé, mais sur-tout si c'est un homme d'une réputation entiere, & qu'il s'agisse de peu de chose; tout cela ne doit être fait qu'avec beaucoup de précaution, & dépend de la qualité des personnes & des circonstances du fait. *Vid. le Journal des Audiences*, *tome* 1, *livre* 8, *chapitre* 2; *Le Prestre*, *centur.* 1, *chapitre* 19; *Danty sur Boisseau*, *loc. cit. n.* 29, *& suiv.*

Ce que nous avons dit des hôtes, s'applique aussi aux aubergistes des villes, de même qu'aux messagers & voituriers tant sur terre que par eau, maîtres des coches & carosses, qui sont responsables du vol ou perte des balots, paquets & marchandises; mais s'il y avoit de l'argent dans lesdits balots, il faut le leur avoir déclaré; & en avoir fait charger leur régître, sinon ils n'en seroient pas responsables.

Il faut appliquer encore ce que dessus, aux meuniers pour les grains apportés dans leurs moulins, où il se commet mille voleries; & en un mot, à toutes les personnes qui exercent un commerce public, & auxquelles on a accoutumé de confier quelque chose sur la bonne foi publique.

Nous ne parlons néanmoins que du dépôt néceſſaire : car hors de-là le dépoſitaire n'eſt pas tenu du vol, comme il fut jugé par un Arrêt du Parlement de Toulouſe du 5 juillet 1726, en faveur d'un Procureur audit Parlement, dans l'eſpece ſuivante. Le député d'une Communauté lui avoit apporté 380 liv. pour faire expédier certain Arrêt, mais cet argent ne ſuffiſant pas, il lui laiſſa ladite ſomme pour aller chercher le ſurplus ; ce Procureur mit ladite ſomme dans un coffre ſerré dans ſa maiſon, où il tenoit ſon propre argent, & où il avoit auſſi de l'argent appartenant à quelques autres parties, & s'en étant allé paſſer les Vacations, comme il eſt d'uſage, à ſa maiſon de campagne, tout cet argent fut volé, les larrons ayant enfoncé la porte de la maiſon, celle des appartemens, & brûlé le bois du tour de ſerrure, pour ouvrir ledit coffre : la Communauté l'actionna en payement, mais il fut relaxé par ledit Arrêt, plaidant Me. Aſtruc & Me. Baſtard.

§. 4. *Creditor quoque qui pignus accepit, re obligatur.*

Le terme de gage s'applique proprement à une choſe mobiliere, & celui d'engagement à un immeuble, qui ſont baillés & délivrés par le débiteur à ſon créancier pour la ſûreté de ſa créance ; au lieu que l'hypotheque, que l'on confond quelquefois avec le gage, s'entend particulierement des immeubles que le débiteur oblige ou affecte pour le payement de ce qu'il doit, en en conſervant néanmoins devers ſoi la poſſeſſion, comme nous l'avons déja remarqué ſur le Titre *quibus alien. licet, vel non*, §. 1.

L'Empereur ne parle ici que du gage des choſes mobilieres, au ſujet duquel on peut obſerver en paſſant qu'il n'en eſt pas du gage comme du dépôt, en matiere de diſtributions de biens : car le dépôt, s'il eſt en nature, paſſe avant toutes les créances, & l'on en accorde la diſtraction à celui qui le réclame ; au lieu que dans les déconfitures générales le créancier qui eſt ſaiſi d'un gage, n'a aucune préférence ſur les autres créanciers, du moins dans le Reſſort du Parlement de Toulouſe, enſorte que la vente en eſt ordonnée, & le prix en eſt diſtribué aux créanciers, chacun ſuivant l'ordre & le privilege de leurs hypotheques, tout comme en matiere d'engagement des immeubles, & celui qui a prêté ſur le gage & qui l'a en ſon pouvoir, n'y eſt alloué que du jour de ſon contrat de prêt : *Cambolas, liv. 4, chap. 4* : la raiſon en eſt, que le gage ne ſert au créancier que contre le débiteur lui-même, pour qu'il ne puiſſe le recouvrer qu'en payant ; mais le gage ne ſert pas contre les autres créanciers, d'autant que *pignus in bonis debitoris manet, Leg. 35, §. 1, ff. de pignerat. actione.*

On juge au contraire au Parlement de Paris, que le créancier ſaiſi d'un gage, a droit de rétention & de préférence ſur ledit gage dans les diſtributions générales, même contre les autres créanciers, parce qu'à Paris on

ne regarde pas les meubles comme susceptibles d'hypotheque; au lieu que dans cette Province de Languedoc on tient qu'ils en sont susceptibles, tandis que le débiteur en conserve la propriété : car s'ils avoient été aliénés, & que la propriété en eût été transportée à un tiers, on convient qu'ils n'auroient point de suite par hypotheque. *Maynard*, *liv.* 3, *chap.* 8; *La Roche*, *verb. hypotheque*, *art.* 5.

On distingue pourtant dans cette Province, à l'égard des meubles & effets mobiliers, le cas des distributions générales d'avec la simple exécution ou saisie : car, quoique dans les distributions ou saisies générales il n'y ait aucune préférence sur les meubles pour les créanciers, mais qu'au contraire chacun d'eux soit colloqué sur le prix, tant des meubles que des immeubles, suivant son rang & ordre d'hypotheque, *Maynard*, *dict. loc. Cambolas*, *liv.* 4, *chap.* 4 : il en est autrement en matiere de simple exécution de meubles, ou même des sommes dues à un débiteur : car entre plusieurs créanciers qui auroient saisi les meubles d'un débiteur, ou usé d'arrestation sur les sommes dues à ce débiteur, le créancier premier saisissant est préféré aux autres, & l'emporte sur eux, quoiqu'antérieurs en hypotheque.

On peut remarquer en passant, que l'Ordonnance du Commerce de 1673, titr. 6, art. 8, a défendu de prêter sur gages, à moins qu'il n'y en ait une reconnoissance publique, ou acte passé pardevant Notaire, qui contienne la somme prêtée & les gages qui auront été délivrés, à peine de restitution des gages, avec contrainte par corps, & de déchéance de tout privilege sur lesdits gages; ce qui n'a été ordonné que pour empêcher les abus qui peuvent se commettre, lorsque le débiteur vient à faire faillite, les créanciers pouvant alors frauduleusement se faire payer de leur dette, indépendamment des gages, au moyen desquels ils se trouveroient déja payés, & les rendre même clandestinement au failli.

Quand il est question de l'engagement d'un immeuble, le créancier ne peut sans doute le faire vendre que d'autorité de Justice & par décret; mais lors même qu'il s'agit d'un meuble ou d'effets mobiliers, le créancier, faute de payement dans le tems marqué, ne peut non plus les faire vendre que publiquement par la permission de Justice, partie présente ou duement appellée, comme nous l'avons déja dit ailleurs.

La perte ou les détériorations du gage sont au détriment du débiteur, parce qu'il en est demeuré le maître & le propriétaire, pourvu qu'il n'y ait point de faute de la part du créancier qui le possede : car ce créancier n'est tenu qu'à une exacte diligence, & n'est pas responsable des cas fortuits, comme il est dit dans le paragraphe que nous expliquons.

Au surplus, un engagiste non plus qu'un dépositaire ne peuvent jamais prescrire le gage, *quia non sibi sed domino possident*, *Leg.* 13, *ff. de usurpationib.* mais un acheteur, ou autre, qui tiendroit le gage des mains de l'engagiste,

l'engagiſte, pourroient le preſcrire contre le véritable propriétaire par trente années, comme ayant joui de bonne foi, *& ſuo nomine.*

D'un autre côté, la preſcription ne court pas non plus contre l'engagiſte qui poſſéde, *quia pignori inhæret*; on ne peut pas même preſcrire contre l'engagiſte les ſommes qui peuvent lui être dûes au-delà du prix de l'engagement, quoiqu'il ait demeuré plus de trente ans ſans les demander, & il eſt en droit de s'en faire payer, avant qne de délaiſſer le gage, comme nous l'avons dit au Liv. II. Tit. VIII. *quibus alien. licet, vel non* §. 1, *in fine.*

L'engagement reſſemble aſſez à un autre contrat, qu'on appelle anticreſe, dont il eſt parlé dans la Loi 11, §. 1. *ff. de pignor. & hypoth.* mais il y a quelque différence: car dans le ſimple bail à engagement d'un fonds, l'engagiſte n'a que le droit de prendre des fruits à concurrence des intérêts de ſa créance, ſur le pied de l'Ordonnance; il doit rendre compte du ſurplus, & imputer l'excédant deſdits fruits ſur le capital à lui dû; enſorte que quelquefois par-là il peut ſe trouver payé de ſon capital même. *Catellan, liv.* 5, *chap.* 1.

Et à ce propos, j'ai vu ſoutenir par quelques Avocats, que l'engagiſte ne preſcrivoit pas même par trente années les fruits qu'il doit rendre, & dont il doit donner compte au-delà de ſes intérêts; ce qui eſt pourtant une erreur, & il eſt évident que le créancier qui a pris un fonds en engagement, ne doit rendre compte de l'excédant des fruits que depuis vingt-neuf années quoique lui ou ſes auteurs en euſſent joui plus long-tems; car en matiere d'intérêts, ou de reſtitution de fruits, chaque année ſe preſcrit a l'échéance de trente ans; de ſorte que, quand le débiteur répete ſon fonds engagé, la trentieme année deſdits fruits eſt toujours preſcrite: il eſt vrai que l'engagiſte ne preſcrit pas le fonds parce qu'il ne poſſede pas *animo domini*; mais cette raiſon n'eſt pas applicable aux fruits qu'il perçoit pour ſoi, & comme maître.

L'anticreſe différe de l'engagement, en ce que l'anticreſe eſt un contrat par lequel le débiteur baille à ſon créancier un fonds à jouir, avec pacte que les fruits lui tiendront lieu d'intérêts & qu'il s'en fera une compenſation abſolue de part & d'autre; en ſorte qu'il n'y a point de reſtitution ni d'imputation à faire des fruits ſur le capital, quoiqu'ils excedent les intérêts ordinaires, *Catellan, liv.* 5, *chap.* 1; il ſuffit même, ſuivant *Vedel, ibid.* que le contrat porte que le fonds a été baillé en anticreſe, ſans qu'il ſoit beſoin d'ajouter que les fruits demeureront compenſés avec les intérêts.

On voit par-là qu'au moyen de l'engagement, ou de l'anticreſe d'un fonds, ou autre choſe qui produit des fruits, on peut prendre des intérêts d'uu ſimple prêt, du moins dans cette Province, parce que les fruits perçus, de même que les intérêts payés, ne ſe payent, *quatenùs legitimum*

modum non excedunt, quoiqu'il en ſoit autrement par le Droit canonique & par la Juriſprudence du Parlement de Paris, comme nous l'avons obſervé au commencement de ce Titre; mais dans cette Province cela eſt toléré, & eſt valable : ainſi le créancier engagiſte ne doit rendre les fruits par lui perçus, ou les imputer, qu'à concurrence de l'excédant des intérêts ſur le pied de l'Ordonnance; & même lorſqu'il s'agit d'un contrat d'anticreſe, il ne rend pas compte des fruits, mais il s'enfait une compenſation abſolue avec les intérêts, toutes les fois qu'il paroît que les fruits n'excedent pas de beaucoup annuellement le montant deſdits intérêts au taux de l'Ordonnance, & cela, *propter incertitudinem fructuum.*

Cependant quand il eſt queſtion d'un fonds ou d'une maiſon baillés à anticreſe, & que le créancier a enſuite baillé à ferme ou à loyer à un tiers pour certains prix ou penſion, comme il n'y a pas alors incertitude des fruits, le créancier eſt tenu d'imputer ſur le capital ce qui excede annuellement l'intérêt de l'Ordonnance.

Il n'eſt pas non plus permis de pactiſer, que le gage, ſoit meuble ou immeuble, baillé à engagement ou à anticreſe, ſera acquis au créancier, ſi ſa créance ne lui eſt rembourſée dans un certain tems; ce pacte, qu'on appelle pacte commiſſoire, eſt réputé uſuraire, & par cette raiſon il eſt réprouvé dans les engagemens ou anticreſes, enſorte qu'il n'empêche pas que le débiteur ne puiſſe toujours, en rembourſant ce qu'il doit, reprendre la choſe engagée, *Ferrieres, in quæſt.* 6, *Guypap.* Le pacte commiſſoire eſt néanmoins reçu dans les ventes & dans les locateries perpétuelles, comme nous le dirons ci-après.

Il y a un autre contrat, qu'on appelle pignoratif, parce que ce n'eſt qu'un engagement déguiſé, & au moyen duquel les uſuriers prennent des intérêts exceſſifs, en feignant une vente à eux faite ſous faculté de rachat, & toutes les fois que ce déguiſement peut être connu ou préſumé, on oblige à imputer l'excédant des fruits, au deſſus du taux de l'Ordonnance, ſur le capital; mais cette fraude n'eſt pas facile à reconnoître. Les marques ordinaires d'un contrat pignoratif ſont la vilité du prix de la vente fait ſous faculté de rachat, le pacte qu'on ne pourra exercer le rachat qu'après un certain tems, la prorogation ou renouvellement réitérés de la faculté de racheter, le bail à ferme des biens achetés fait incontinent par l'acheteur au vendeur ſous une rente exceſſive, la coutume ordinaire où eſt l'acheteur de prêter à uſure & autres circonſtances de cette eſpece, ſans leſquelles les ventes faites à faculté de rachat ne ſont pas préſumées être des contrats pignoratifs & uſuraires, & l'acheteur à pacte de rachat gagne les entiers fruits, ſans être tenu d'en rien imputer ſur le capital, quoiqu'ils excedent de beaucoup le taux de l'Ordonnance. *Vid. Graverol ſur La Roche, liv.* 5, *lettre V. titr.* 5, *art.* 10.

Par un Arrêt du Parlement de Toulouſe du 2 mars 1723, rendu en la

troiſieme Chambre des Enquêtes, il avoit été jugé qu'après trente années on n'étoit pas recevable à faire déclarer qu'une vente ſous faculté de rachat étoit un contrat pignoratif & uſuraire, quoiqu'il y eût des raiſons ſuffiſantes pour décider que c'en étoit un, ni à obliger l'acheteur de délaiſſer les fonds; mais le contraire a été jugé avec raiſon en la même Chambre par un autre Arrêt du 30 mars 1725, au rapport de M. de Célès, entre Coulomb, Lomagne, & autres. Et en effet, toutes les fois qu'un contrat ne paroît viſiblement être qu'un contrat pignoratif & d'engagement, les trentes années ne ſauroient rendre le prétendu acheteur poſſeſſeur incommutable, ni acquérir à lui ni à ſes ſucceſſeurs la propriété, par quelque tems qu'ils aient poſſédé le fonds, parce que nul ne peut preſcrire contre ſon titre, & qu'un engagiſte, quoique déguiſé, ne peut ſous aucune couleur preſcrire la propriété.

TITRE XVI.

De verborum obligationibus.

Verbis obligatio contrahitur, interrogatione & reſponſione.

IL vient d'être parlé dans le Titre précédent des obligations, qui, outre le conſentement des parties, requierent la tradition, & qui ſont le prêt, le *commodat*, le dépôt & le gage; les autres ſe forment par le ſeul conſentement, & nous ne reconnoiſſons point en France ces conventions ſimples, appellées chez les Romains *pacta nuda*, qui ne produiſent point d'action, non plus que les ſolemnités de la ſtipulation, qui ſeule rendoit les conventions parfaites, & qui conſiſtoit, comme il eſt dit dans ce texte, en une interrogation précédente, & une réponſe ſubſéquente & convenable: en un mot, dans ce Royaume toutes les conventions ſont valables, obligatoires & irrévocables, pourvu qu'elles aient été faites ſérieuſement, ſans dol ni ſurpriſe, & qu'elles n'aient rien de contraire aux Loix ni aux bonnes mœurs; le conſentement réciproque des parties qui traitent, eſt ſuffiſant pour cela, bien entendu néanmoins que ce conſentement & le traité fait par les parties ſoient conſtatés par écrit, ou qu'en défaut d'écriture les parties avouent en Juſtice la vérité du fait, conformément à ce qui eſt dit dans la Loi 5, *cod. de tranſactionib.* ou bien que la preuve en ſoit recevable & puiſſe s'en faire par témoins, comme quand il s'agit des choſes qui n'excedent pas la ſomme ou valeur de 100 liv. ou qu'il y a déja un commencement de preuve par écrit, ſuivant l'Ordonnance de 1667, titr. 20, des faits qui giſſent en preuve, art. 2 & 3.

Au ſurplus, nous confondons preſque dans l'uſage les termes de pacte, convention, ſtipulation & contrat, comme des termes ſynonymes, ou qui ſignifient à peu-près la même choſe.

§. 1. *Nihil interest utrum latinâ, an græcâ, vel qualibet linguâ, aliâ stipulatio concipiatur.*

Il faut observer qu'il n'est plus permis dans ce Royaume, depuis l'Ordonnance du Roi François I. de 1539, art. 6, de se servir dans les actes & procédures, d'autre langue que la langue françoise; ce qui n'empêche pas que les actes passés dans les Pays étrangers, avec les formalités & dans la langue qui y ont lieu, ne puissent & ne doivent valoir en France, d'autant que chaque Souverain ayant autorisé la langue dont on se sert dans ses Etats, il paroît que la Loi doit être égale entr'eux, & s'il en étoit autrement, les François étant dans les Pays étrangers se trouveroit souvent privé de contracter & de disposer, faute de trouver des Greffiers ou Notaires & des témoins qui entendissent la langue françoise : car ces personnes doivent entendre sans contredit la langue en laquelle les actes sont dressés.

§. 2. *Ne eo quidem ipso die in quem stipulatio facta est, peti potest.*

Lorsqu'il n'y a point de terme apposé ou de jour fixé pour faire un payement, ou pour satisfaire à une obligation, la chose est censée due & exigible d'abord, ou du moins *post modicum intervallum*, suivant les circonstances & l'arbitrage du Juge; mais lorsqu'il y a un terme ou jour apposé, il est présumé mis dans le doute en faveur de l'obligé, *Leg.* 17, *ff. de regul. jur.* & la chose ne peut même être exigée, que l'entier jour de l'échéance ne soit expiré, suivant cette maxime, que *dies termini non computatur in termino*, dont parle *Guypape*, *quæst.* 270, & conformément à laquelle l'Ordonnance de 1667, titr. 3, art. 6, veut même que dans les délais des assignations & des procédures les jours des significations des exploits & actes, ni les jours auxquels les assignations échoient, ne soient pas compris.

Du reste, quelquefois même après les termes ou les délais des obligations échus, les Juges par équité accordent de nouveaux délais ou surséances aux débiteurs, & l'Ordonnance de 1669, titr. 6, des répis, art. 1, veut que les Juges, en condamnant au payement de quelque somme, puissent donner jusqu'à une surséance de trois mois de délai à l'exécution de la condamnation; il y a même des Auteurs qui prétendent que les Juges peuvent le faire d'office & sans demande, & je l'ai vu pratiquer ainsi quelquefois au Parlement de Toulouse.

§. 3. *Si ita stipuleris, decem aureos annuos, quoad vivam, dare spondes.*

Il est parlé dans ce texte, des rentes, pensions, ou prestations annuelles,

les, qui ne ſont que viageres, & ne paſſent pas aux héritiers; au lieu qu'il y en a d'autres qui ſont perpétuelles & tranſmiſſibles.

Or il y a au ſujet de ces rentes ou penſions, deux obſervations à faire.

Premierement, ſur la preſcription des penſions ou rentes annuelles, ſoit viageres, ou autres, c'eſt-à-dire, ſur la preſcription du droit de les exiger, quelques Auteurs, & entr'autres *Boutaric*, en cet endroit, ont voulu diſtinguer celles qui ſont établies par contrat, d'avec celles qui ſont léguées par teſtament : ils diſent à l'égard des rentes ou proteſtations annuelles ſtipulées par contrat, qu'elles ſont ſujettes à la preſcription trentenaire, & que ſi on a négligé de les demander pendant trente ans, le droit de les exiger eſt éteint, parce que la ſtipulation ou convention des parties *una eſt, & unam ſolummodò parit actionem*; au lieu, diſent-ils, que les penſions ou rentes établies par teſtament ſont impreſcriptibles, & qu'on a droit de les exiger toujours, quand bien on auroit négligé de le faire pendant trente ans, parce que le legs d'une penſion *non eſt unum, ſed multiplex, & ſingulis annis naſcitur actio* : cependant *Cujas*, ſur la Loi *cùm notiſſimi, cod. de præſcrip. triginta vel quadraginta annorum*, & ſur la Loi 5, *ff. de annis legatis*, a très-bien montré que cette diſtinction étoit erronée, & condamnée par le §. 6, de la Loi du Code déja citée.

Martin, ancien Gloſſateur, a voulu diſtinguer les rentes ou penſions qui dépendent d'un ſort principal, & qui en ſont l'acceſſoire, d'avec celles qui ſubſiſtent par elles-mêmes, & il tient en conſéquence que les rentes, penſions, ou preſtations annuelles, ſoit en argent, vin, grains, ou autres eſpeces qui ne dépendent pas d'un ſort principal, ſont impreſcriptibles par quelque tems que ce ſoit, quant au droit de les exiger, ſauf pour les arrérages de vingt-neuf années avant l'inſtance, tout comme ſi c'étoit des cenſives ou des rentes foncieres ou obituaires, & cela ſans diſtinguer les contrats d'avec les teſtamens ; parce que les ſtipulations annuelles produiſent chaque année une nouvelle action, auſſi bien que les légats annuels : *Duperier, liv. 4, chap. 27*, ſoutient fortement auſſi cette opinion.

Mais les meilleurs Auteurs ont décidé avec raiſon, qu'après trente années de ſilence & d'inaction, non ſeulement les arrérages des rentes, penſions, ou preſtations annuelles, mais le droit même de les exiger à l'avenir, demeuroient preſcrits, ſoit qu'elles ſe trouvent établies par contrat ou par teſtament, & ſoit qu'elles dépendent d'un ſort principal, ou non; parce qu'il eſt vrai de dire en effet que les rentes ou preſtations annuelles dépendent toujours d'une obligation ou action contre laquelle on peut preſcrire, ſi celui à qui elles ſont dues a négligé d'agir dans le tems déterminé par les Loix : ce qui paroît auſſi conforme à la déciſion de la Loi, *eos qui, cod. de uſuris* : *Vid. Dunod, des preſcript. pag.* 306 *&* 307, & c'eſt à quoi il faut s'en tenir, en n'exceptant de cette regle, comme nous l'avons déja dit ailleurs, que les rentes foncieres ou obituaires.

La seconde observation que nous avons à faire, est que les pensions & prestations annuelles ou viageres peuvent toujours être exigées & demandées au commencement de l'année, soit qu'elles soient établies par contrat, ou par disposition de derniere volonté, si le contraire n'a été dit.

Là-dessus les Auteurs conviennent, que lorsqu'une pension ou rente annuelle & viagere a été léguée par un acte de derniere volonté, elle est due pour toute l'année ou le semestre, quoique le légataire n'en ait reçu qu'une partie, *Leg.* 5, *ff. de annuis legatis*, ensorte que ses héritiers peuvent l'exiger, si elle n'a pas été payée, & que si elle a été payée, on ne peut la répéter de ses héritiers ; mais quelques-uns, & entr'autres *Boutaric* en cet endroit d'après *Despeisses*, prétendent qu'il en doit être tout autrement, lorsque la pension a été établie par un contrat, de façon qu'en ce dernier cas elle ne soit due que pour le tems que le pensionnaire a vécu, & qu'elle puisse même être répétée pour le tems qu'il n'a pas vécu.

Néanmoins il faut décider que la difference que ces Auteurs veulent faire, concernant les rentes dues par contrat, est très-mauvaise, aussi ne l'appuyent-ils d'aucune autorité, & n'en donnent d'autre raison, si ce n'est que les contrats ne sont pas si favorables que les testamens ; mais cette prétendue différence n'est pas conforme à l'analogie du Droit : car toutes les fois qu'on est forcé de convenir, que la rente viagere établie, soit par testament, soit par contrat, est due au commencement de l'année ou du semestre, il s'ensuit que le pensionnaire, en la recevant, n'a reçu que ce qui lui étoit dû, & sa mort survenue peu après ne peut donner aucun titre au débiteur pour la répéter, le droit étant acquis au pensionnaire dès le commencement de l'année ou du semestre par la loi du contrat ou du testament ; il est frivole de dire que le testament est plus favorable, & que dans le contrat le pensionnaire auroit dû s'expliquer plus clairement : car il suffit sans doute que la pension ou rente y aient été stipulées payables au commencement de l'année ou du semestre, & d'avance ; d'où l'on peut aussi conclure, que si la pension n'a pas été payée, le débiteur ne peut se dispenser de la payer aux héritiers du pensionnaire, quoique décédé, d'abord après le commencement de l'année, d'autant que la stipulation d'une rente annuelle & viagere produit une action qui se transmet même aux héritiers, & qui ne leur devient inutile que pour les années qui ont suivi la mort de celui qui l'avoit stipulée, le Droit accordant en ce cas une exception au débiteur, ainsi qu'il est dit dans le §. que nous expliquons, & par les Interpêtes, *ibid.* sans compter qu'on ne peut pas comparer le pensionnaire à un simple usufruitier.

§. 4. *Ex conditionali stipulatione, tantùm spes est debitum iri, eamque spem in haredem transmittimus.*

Une convention ou promesse faite sous condition ne donne qu'une espé-

rance, laquelle n'eſt effectuée que lorſque la condition arrive ; mais cette eſpérance étant acquiſe par un contrat, ſe tranſmet aux héritiers même de celui qui a contracté & traité, comme il eſt dit dans ce texte, & dans le §. dernier, *infr. de inutilib. ſtipul.* la raiſon en eſt que, *in contractibus tam nobis quàm hæredibus noſtris cavemus*, *Leg.* 9, *ff. de probationibus.*

Ceci s'applique auſſi aux inſtitutions ou ſubſtitutions que le Droit François permet de faire en contrats de mariage, & que l'on appelle contractuelles : car on décide que ces inſtitutions ou ſubſtitutions ne ſont pas rendues caduques par le décès de l'inſtitué ou du ſubſtitué avant l'événement de la condition, mais qu'ils en tranſmettent l'eſpérance à leurs héritiers même étrangers.

Il n'en eſt pas de même des légats ou des fidéicommis portés par un teſtament : car l'eſpérance du legs ou d'une ſubſtitution teſtamentaire ne ſe tranſmet pas aux ſucceſſeurs ou héritiers du légataire ou ſubſtitué décédé avant l'événement de la condition dudit legs ou fidéicommis ; mais ce legs ou la ſubſtitution demeurent caducs : il eſt vrai que par un motif d'équité, & contre les vrais principes du Droit, on jugeoit au Parlement de Toulouſe que la tranſmiſſion du fidéicommis conditionnel teſtamentaire avoit lieu en faveur des enfans du ſubſtitué prédécédé deſcendans du teſtateur ; mais cette Juriſprudence a été même condamnée par l'article 20 du titre 1 de l'Ordonnance des Subſtitutions : nous avons déja expliqué tout cela ſur le §. 2, du Titre *de fideicom. hæredit. ſuprà.*

Au ſujet des ſtipulations ou obligations conditionnelles, il faut obſerver que quand la condition vient à arriver, on lui donne un effet rétroactif au jour du contrat, parce que le droit eſt acquis dès ce jour, & que *illud tempus ſpectatur quo contrahimus*, *Leg.* 78, *ff. de verbor. obligat.* ainſi par l'Arrêt qu'on lit dans *Dolive*, *liv.* 4, *chap.* 8, il fut jugé que dans la donation faite par un homme marié, de ſes biens préſens ſeulement, devoit être compris le gain nuptial qu'il pouvoit gagner par le prédécès de ſa femme, cette femme étant enſuite morte avant lui, quoique long-tems après la donation.

Ainſi on juge tous les jours que celui auquel il n'eſt dû que ſous une condition caſuelle, doit êttre alloué, lorſque la condition eſt arrivée avant un ſecond créancier qui auroit contracté purement dans l'intervale avec le même débiteur & avant l'événement de ladite condition, ſuivant la Loi 11, *ff. qui potiores in pign. hab. Catellan*, *liv.* 6, *chap.* 10.

§. 7. *Si ſtipulemur aliquid fieri, vel non fieri, in hujuſmodi ſtipulationibus optimum erit panam ſubjicere.*

Le conſeil que donne ici l'Empereur Juſtinien, eſt aſſez inutile dans notreuſage : car malgré les clauſes & ſtipulations pénales qui ſont inſérées dans les convention, à défaut d'exécution, les Juges qui les regardent

presque toujours comme comminatoires, donnent le plus souvent à la partie quelque délai pour purger la demeure *celeri præstatione*, ou bien ils réglent les dommages & intérêts, suivant les circonstances. *Catellan, liv. 5, chap. 20; Louet & Brodeau, lettre P. chap. 3, 4 & 50.*

Il convient d'observer encore, que la peine du dédit dans les compromis & les arbitrages n'a pas lieu dans le Ressort du Parlement de Toulouse, & qu'on ne condamne jamais à la payer, quand même la somme auroit été déposée & consignée en mains tierces; cela a été jugé par plusieurs Arrêts, & entr'autres par un Arrêt rendu à l'Audience de la Grand-Chambre le 8 janvier 1714, entre les sieurs Lambert & Arnaud. Il en est autrement à Paris, à Bordeaux, & ailleurs, où celui qui refuse de souscrire la Sentence arbitrale, est soumis à la peine du dédit, & doit la payer, avant de pouvoir être reçu appellant, suivant l'Ordonnance du Roi François II. du mois d'août 1560, qui n'a pas été vérifiée au Parlement de Toulouse. *Vid. Maynard, livre 2, chapitre 66; Louet & Brodeau, lettre C. chapitre 4.*

TITRE XVII.

De duobus reis stipulandi & promittendi.

Duo pluresve rei promittendi ita fiunt, &c.

Ce qui est dit dans ce texte, qu'il y a solidité entre deux ou plusieurs personnes qui promettent la même chose, a été entierement changé par la Novelle 99, d'où a été prise l'authentique, *hoc, ita, cod. de duobus reis*, que nous suivons dans l'usage, & suivant laquelle il n'y a jamais d'obligation solidaire, si la solidité n'a été par exprès stipulée dans l'acte; de sorte que, si Pierre & Jean s'obligent de payer cent pistoles à Jacques, sans ajouter qu'ils s'y obligent solidairement chacun d'eux ou un seul pour le tout, c'est comme si chacun d'eux ne s'étoit obligé que pour cinquante pistoles.

Cette Novelle a encore voulu que ceux qui se sont même solidairement obligés, puissent opposer au créancier le bénéfice qu'on appelle *de division* & *de discussion*, c'est-à-dire, l'obliger de diviser son action & sa créance, de maniere qu'il ne puisse agir contre chacun d'eux pour le payement de l'entiere dette, qu'en cas que les autres se trouvent insolvables; qu'en un mot, le créancier ne puisse s'en prendre à un seul pour l'entiere dette qu'après avoir discuté les autres, & justifié ainsi leur insolvabilité, à moins que dans l'acte d'obligation les coobligés solidaires n'aient renoncé par une clause précise au bénéfice de division & de discussion, ou qu'on ait ajouté ces termes, *sans division, &c.* ou autres équipollens: car autrement ces clauses

clauſes ne ſe ſuppléent pas, ſi elles ont été omiſes, quoiqu'en aient penſé certains Auteurs ; & de-là vient que dans les contrats où pluſieurs perſonnes entrent dans une même obligation, on ne manque pas d'y inſérer, qu'ils s'obligent ſolidairement, & un ſeul pour le tout, l'un pour l'autre, ſans diviſion, ni diſcuſſion, &c. ou renonçant au bénéfice de diviſion & de diſcuſſion. *Vid. Maynard, liv.* 4, *chap.* 14, *& liv.* 8, *chap.* 97.

L'Ordonnance du Commerce de 1673, titr. 4, art. 7, a excepté de la regle, qui veut qu'il n'y ait pas de ſolidité ſans expreſſion, les obligations qui ſont contractées par des perſonnes aſſociées en quelque négociation de marchandiſe, banque, ou autre trafic ; enſorte que, ſi l'une d'elles ſigne ſeule, pourvu qu'elle ſigne auſſi pour la compagnie, elle oblige ſolidairement tous les autres aſſociés, ſoit à cauſe que cela eſt de l'intérêt de la ſociété même, afin de faciliter les emprunts & le crédit dont elle peut avoir beſoin, ſoit parce que les aſſociés ſont regardés entr'eux comme agens & facteurs reſpectifs les uns des autres : la Juriſprudence des Arrêts a ſuppléé auſſi dans ces obligations contractées par des aſſociés, la clauſe de renonciation au bénéfice de diviſion & de diſcuſſion. *Vid. Maynard, liv.* 4, *chap.* 14, *in fine.*

Au ſurplus, lorſqu'un créancier reçoit de l'un de ſes débiteurs ſolidaires la part de la dette qui le concerne, ſans réſervation ni proteſtation, la Loi *creditores*, *cod. de pactis*, veut qu'il ſoit cenſé avoir entendu renoncer à la ſolidité, & diviſer ſon action à l'égard des autres coobligés ; mais il faut, pour être dans le cas de cette Loi, que les termes de la quittance puiſſent conduire à cette préſomption, comme s'il y eſt dit que le créancier a reçu d'un tel une telle ſomme pour ſa part & portion de la ſomme contenue en l'obligation, ou qu'en recevant dudit tel, il l'ait déchargé du ſurplus de l'obligation : c'eſt ainſi que les Arrêts ont interprêté cette Loi, comme on le voit dans *Maynard, liv.* 8, *chap.* 39 ; *Louet & Brodeau, lettre R. chap.* 6.

Par un Arrêt du Parlement de Toulouſe du 14 juillet 1715, au rapport de M. Lacarry, en la cauſe de Periés, Martin, & autres, il fut même jugé que quoique le créancier eût libéré & affranchi de la clauſe ſolidaire l'un des coobligés, cela n'empêchoit pas qu'il ne pût agir ſolidairement contre les autres coobligés, ſauf à ceux-ci leur droit, comme ils l'avoient déja, de recourir ſur le coobligé libéré.

§. 1. *Ex hujuſmodi obligationibus & ſtipulationibus ſolidum ſingulis debetur.*

Nous avons déja dit qu'il n'y a point de ſolidité entre pluſieurs débiteurs ou obligés, ſi elle n'a été exprimée ; mais il n'y en a pas non plus, ſi cela n'a été dit expreſſément, entre pluſieurs créanciers, *inter correos credendi & ſtipulandi* : car, par exemple, ſi je m'oblige ſimplement de

payer cent piſtoles à Pierre & à Jean, l'un ou l'autre ſeul pourra-t-il recevoir l'entiere ſomme, & en payant à un ſeul ferai-je libéré envers l'autre ? les Arrêts ont jugé que non, & que la Novelle 99 devoit avoir également lieu à l'égard de pluſieurs créanciers, quoiqu'elle n'en parle pas, c'eſt-à-dire, qu'il falloit que dans l'obligation il fût dit par exprès que les créanciers éto ent ſolidaires, & qu'en payant le tout à l'un d'eux le débiteur ſeroit valablement libéré, ſans quoi le payement que le débiteur fait à un ſeul, ne le décharge pas envers les autres, chacun ne pouvant agir que pour ſa part. *Cambolas, liv.* 5, *chap.* 15, *in fine.*

Vel alter ſolvendo omnes liberat.

Le payement fait au créancier par l'un des débiteurs ou coobligés ſolidaires, de la dette en entier, éteint ſans contredit l'obligation; & libere tous les autres coobligés; mais attendu que les coobligés ſolidaires ſont regardés comme cautions entr'eux, *licèt de hoc nihil dictum ſit*, il s'enſuit que celui qui a payé l'entiere dette, a de droit ſon recours contre les autres pour ſon rembourſement; cependant ſur la maniere dont il peut prendre ſon rembourſement, on diſtingue : car ſi le coobligé qui a payé ou a été contraint de payer toute la dette, n'a point pris la ceſſion & ſubrogation à l'hypotheque du créancier, il ne peut agir contre chacun des autres coobligés que ſéparément pour leur portion, la ſienne déduite, & en ſupportant ſa part de la portion des inſolvables, s'il y en a quelqu'un, laquelle portion doit être régalée & ſupportée également par tous les ſolvables; ſi au contraire il a pris la ſubrogation du créancier, comme on ne manque preſque jamais de le faire, alors il peut agir ſolidairement contre chacun des coobligés, ſa portion déduite; & dans ce cas pareillement la portion de l'inſolvable, s'il y en a, doit être ſupportée *æqualiter* par tous les ſolvables. *Vid. Catellan & Vedel, livre* 5, *chapitre* 49; *Duperier, livre* 3, *chapitre* 15.

Il paroît même juſte, ſans trop s'attacher à la diſtinction ci-deſſus, que les coobligés étant cautions entr'eux, celui qui a payé toute la dette, puiſſe obliger le créancier, *etiam ex intervallo*, à la ſubroger à ſon hypotheque, comme *Boutaric* l'obſerve en cet endroit; & cela eſt en effet conforme à la doctrine de *Duperir, dict. loc.*

Du reſte, quoiqu'il ſoit vrai que la perte arrivée par l'inſolvabilité de l'un des coobligés ſolidaires doive être ſupportée également par tous les autres, comme nous venons de le dire, à cauſe de la ſociété qui eſt toujours préſumée entre pluſieurs coobligés ſolidaires, ſi néanmoins il conſte que la ſomme n'a pas été reçue *æqualiter* par tous les coobligés qui ont emprunté, mais que les uns aient reçu plus & les autres moins, la portion de celui qui ſe trouve inſolvable, ne doit pas être ſupportée également par tous, mais chacun à proportion de ce qu'il a touché ou profité de

ladite ſomme empruntée ; comme auſſi celui des coobligés qui n'a rien reçu du prêt, & qui a un relief des autres portant qu'il n'a rien reçu & que le prêt ne le regarde pas, ne doit pas tremper en la perte ſurvenue par l'inſolvabilité de quelqu'un des autres : *Catellan, liv. 6, chap. 50.*

Nous remarquerons, en finiſſant ce Titre, que l'interpellation judiciaire & les pourſuites faites, ou la condamnation obtenue par le créancier contre l'un des coobligés ſolidaires, interrompt la preſcription à l'égard des autres, *Leg. ult. cod. de duobus reis*, ce qui s'entend, pourvu que le créancier ait agi contre un ſeul pour le tout, car s'il ne lui avoit demandé que ſa quote-part taxativement, on pourroit dire qu'il auroit diviſé ſa dette, & il y auroit à craindre qu'il n'y eût pas alors d'interruption à l'égard des autres coobligés : de même l'inſtance formée pour l'entiere dette contre un des coobligés ſolidaires fait courir les intérêts à l'égard des autres, quoique non appellés, & nuit à tous ; & le payement des intérêts, fait même annuellement par un ſeul d'entr'eux, empêche les autres de preſcrire.

Il n'en eſt pas de même au ſujet des cohéritiers, c'eſt-à-dire, que les pourſuites faites contre l'un des ſucceſſeurs d'un débiteur n'interrompent pas la preſcription, ni ne font pas courir les intérêts à l'égard des autres, parce que l'obligation perſonnelle ſe diviſe entr'eux *ipſo jure. Leg. 2, cod. de haredit. actionib. Leg. 1, cod. ſi unus ex pluribus, &c.*

TITRES XVIII. XIX.

De Stipulatione ſervorum.

De diviſione Stipulationum.

CES deux Titres ne ſont d'aucun uſage parmi nous.

TITRE XX.

De inutilibus Stipulationibus.

§. 2. *Idem Juris eſt, ſi rem ſacram quam humani Juris eſſe credebat, &c. dari qui ſtipuletur.*

LES obligations concernant une choſe qui n'eſt pas dans le commerce, ſoit que les parties le ſachent ou l'ignorent, ſont inutiles & de nul effet, ſans même qu'il doive y avoir lieu à des dommages & intérêts ; *Vinnius* ſur ce texte & ſur le §. dernier, *infr. de emptione*, n'excepte que la vente des choſes hors du commerce, où l'acheteur qui l'ignoroit, peut

prétendre ſes dommages & intérêts, & les ſtipulations faites à titre onéreux à l'égard de ces mêmes choſes, où il y a lieu également auſdits dommages.

§. 3. *Si quis alium daturum facturumve quid promiſerit, non obligabitur; quòd ſi effecturum ſe ut alius daret, ſpoponderit, obligatur.*

En promettant qu'un tiers fera telle choſe ou donnera telle choſe, on ne s'oblige pas, parce qu'on promet *factum alienum*, à moins qu'en promettant ainſi le fait d'autrui, on ne ſe ſoit en même tems ſoumis à une peine, en cas de refus de la part du tiers, ou à des dommages & intérêts envers celui à qui on a fait cette promeſſe, *niſi pœnam ipſe promiſerit*, & c'eſt une exception marquée par exprès dans le §. 21, de ce Titre; mais quand on promet, ou qu'on s'oblige de faire faire ou de faire donner par un tiers, *effecturum ſe ut alius det vel faciat*, on ne promet pas tant le fait d'autrui que ſon propre fait, on eſt donc obligé à la garantie & aux dommages & intérêts, en cas de refus ou d'inexécution de la part de ce tiers : ainſi on lit dans *Catellan*, *liv.* 5, *chap.* 7, un Arrêt qui condamna à la pleine garantie un homme qui avoit promis de faire ratifier par ſa femme certaine tranſaction, à peine de tous dépens, dommages & intérêts; & il auroit fallu également l'y condamner, quand même la tranſaction n'auroit pas contenu la peine des dommages & intérêts, parce que ce mari, en s'obligeant de faire ratifier, avoit promis ſon propre fait : il eſt vrai qu'il y a un Arrêt rapporté par *Cambolas*, *liv.* 3, *chap.* 25, dans leſpece duquel un pere lors du mariage de ſon fils, ayant promis de lui faire donner la moitié des biens de ſa femme, & cette femme ayant refuſé de donner, le pere fut relaxé de la demande en dommages & intérêts pour l'inexécution de ſa promeſſe; mais c'eſt un Arrêt qui paroît ſingulier, & contraire aux principes.

§. 4. *Si quis alii, quàm ei cujus Juri ſubjectus ſit, ſtipuletur, nihil agit.*

Régulierement on ne peut pas ſtipuler ni acquérir pour autrui, parce que les ſtipulations & obligations n'ont été introduites qu'afin que chacun puiſſe faire ſon profit ou ſon avantage, & que celui qui ſtipule pour un tiers, n'a ſouvent aucun intérêt que la choſe ſtipulée ſoit acquiſe à ce tiers, *cæterùm ſi alii detur*, *nihil intereſt ſtipulatoris*, comme il eſt dit dans le §. 18, de ce Titre : cela n'empêche pas néanmoins, ſuivant la remarque de *Mornac* ſur la Loi 6, *cod. ſi quis alteri vel ſibi*, qu'on ne puiſſe valablement en France ſtipuler & acquérir pour autrui, ſoit en qualité de Procureur fondé, ſoit même ſans cette qualité, ſi celui pour qui on a traité, accepte enſuite & ratifie le contrat; ce qui eſt encore conforme à l'article 5 de l'Ordonnance des Donations de 1731.

Il

Il y a d'ailleurs pluſieurs perſonnes qui peuvent valablement ſtipuler & acquérir pour d'autres, ſans qu'il ſoit même beſoin de ratification, comme par exemple, le pere pour ſon fils, le tuteur, le curateur, ou l'adminiſtrateur, pour ceux dont il régit les biens.

Si quis ita ſtipuletur, mihi aut Titio dare ſpondes, obligatio ſtipulatori acquiritur.

C'eſt ici une ſuite de la regle qui veut qu'on ne puiſſe ſtipuler pour autrui, lors même qu'on ſtipule auſſi pour ſoi; ainſi l'obligation eſt entierement acquiſe à Jean, par exemple, qui a ſtipulé pour ſoi ou pour Pierre : il eſt vrai que l'obligé peut alors, à cauſe de la particule diſjonctive, *ou*, payer à Pierre ou lui délivrer la choſe promiſe, moyennant quoi il demeure libéré; mais Pierre ne peut pas, comme il eſt dit dans ce texte, profiter du payement ou de la choſe, & il eſt obligé de les rendre à Jean qui a contracté, ſi celui-ci ne veut lui délaiſſer le tout ou partie, auquel cas c'eſt entr'eux un nouveau contrat qui n'a rien de commun avec le premier.

Quòd ſi quis ſibi & alii cujus Juri ſubjectus non ſit, dari decem aureos ſtipulatus eſt, placuit non plus quàm dimidiam partem ſtipulatori acquiri.

C'eſt toujours une ſuite de la même maxime : car lorſqu'on ſtipule pour ſoi & pour un autre, il eſt bien vrai qu'alors, à cauſe de la particule conjonctive, *&*, la promeſſe ſe diviſe, & l'obligation n'eſt acquiſe que par moitié à celui qui a ainſi ſtipulé; mais il eſt vrai auſſi que l'autre moitié eſt inutilement ſtipulée pour le tiers, & n'accroît pas au ſtipulant, ni n'augmente pas ſa portion, & il en eſt de même, quand ce ne ſeroit pas des deniers; mais un corps ou un effet qui eût été ſtipulé, c'eſt-à-dire, qu'il n'en ſeroit dû que la moitié à celui qui auroit ſtipulé, ſi l'obligé ne vouloit bien lui délaiſſer le tout. Cependant il faut prendre garde que lorſque la choſe ſtipulée ne ſouffre pas de diviſion, elle eſt même acquiſe en entier au ſtipulant dans le cas dont nous parlons, comme s'il étoit queſtion d'une ſervitude qu'on eût ſtipulé pour ſoi & pour un tiers, *Leg.* 5, *ff. communia prædior.* il en ſeroit encore de même, dans le cas d'un fonds ou d'un achat d'un fonds ou d'un domaine qu'on auroit fait pour ſoi & pour un tiers, parce qu'il ne ſeroit pas juſte que le vendeur fût obligé de n'en vendre qu'une partie, comme il eſt dit dans la Loi 64, *ff. de contrah. empt* en ces termes : *fundus ille ſit mihi & Titio emptus, reſpondi perſonam Titii ſupervacuo accipiendam, ideòque totius fundi emptionem ad me pertinere.*

Au reſte, lorſqu'il eſt queſtion d'une donation faite à deux différentes perſonnes, & qui n'a été acceptée que par l'une d'elles, tant pour ſoi que pour l'autre donataire abſent, cette acceptation eſt ſans contredit inutile

pour l'abſent, d'autant, diſons-nous, qu'on ne peut ſtipuler pour autrui: la donation eſt donc nulle par rapport à l'abſent, puiſqu'à ſon égard le donateur n'eſt pas engagé, comme il eſt dit dans l'article 5 de l'Ordonnance des Donations, qu'il peut révoquer la donation à l'égard de cet abſent juſqu'à ſon acceptation, & qu'après la mort du donateur l'acceptation de la part du donataire ſeroit inutile aux termes des Ordonnances; mais de plus, la portion du donataire qui n'a pas accepté, ne peut pas appartenir par droit d'accroiſſement au codonataire qui a accepté, d'autant que régulierement le droit d'accroiſſement n'a pas lieu dans les contrats : *Brodeau & Louet, lettre D. chapitre* 4; *Ricard, tome* 1, *partie* 3, *chap.* 4, *ſect.* 4, *n.* 479.

Il arrive rarement qu'on ſtipule, qu'on traite, ou qu'on achete pour autrui, ſans un pouvoir ou une procuration; mais lorſqu'on l'a fait, ſi celui pour lequel on a traité, ne ratifie pas le contrat, ou ne veut pas l'approuver & le tenir, la ſtipulation devient même inutile pour celui qui la faite, & il ne peut pas en profiter, puiſqu'il n'a pas traité pour ſoi, *Leg.* 6, *in fine, cod. ſi quis aliter, &c.* à moins que l'obligé n'y conſente, comme nous l'avons déja dit.

Il arrive encore rarement qu'on traite & qu'on achete pour ſoi & de ſes deniers, mais ſous le nom d'une autre perſonne; cependant dans ce cas, ſi l'on a pris ſoi-même la poſſeſſion de la choſe achetée, on en devient le véritable maître : ainſi ſi un mari fait une acquiſition, quoique ſous le nom de ſa femme, & qu'il ſe mette en poſſeſſion, l'effet acquis lui appartiendra, le nom de la femme *cenſebitur ſimulatè appoſitum*, & la femme n'y aura aucun droit. *Leg.* 4, 5 *&* 6, *cod. ſi quis alteri vel ſibi, &c.*

Mais il arrive quelquefois qu'on fait des acquiſitions pour ſoi avec un argent qui ne nous appartient pas, & ces acquiſitions ſont valables pour celui qui les fait, ſauf qu'il eſt obligé ſans contredit de rendre les deniers à celui à qui ils appartenoient; ainſi une femme peut acheter avec l'argent de ſon mari, & l'effet acquis appartient à la femme; il en eſt de même du mari qui achete avec les deniers de ſa femme, *Leg.* 1 *&* 5, *cod. eodem*, & il faut en dire tout autant de toutes autres perſonnes, parce qu'en effet ce n'eſt pas l'argent, mais bien la convention des parties, ou même quelquefois la tradition de la choſe vendue, qui en acquiert la propriété à l'acheteur; ainſi la choſe achetée ne doit être délivrée qu'à celui qui a fait l'achat en ſon nom, s'il ne l'a déja reçue, & non à celui à qui appartenoit l'argent du prix, qui ne peut demander que la reſtitution de ſes deniers. *Leg.* 6. *cod. de rei vindicat. Leg.* 8, *cod. ſi quis alteri, &c.*

On n'excepte de cette deciſion que les achats faits des deniers des pupilles ou mineurs, ou de l'Egliſe, par leurs tuteurs, curateurs, ou autres adminiſtrateurs en leur nom : car on donne au pupille ou mineur, & à la cauſe pie, le choix de révendiquer l'héritage acquis, ou de demander

leurs deniers avec les intérêts. *Leg.* 2, *cod. quando ex facto tutoris*, *Leg.* 3, *cod. arbitrium tutelæ*; *Ranchin & Bornier*, *verb. emptio*, *art.* 32 *&* 33.

On excepte encore les acquisitions faites par le mari des deniers de la dot de sa femme, du moins en ce que dans le cas de l'insolvabilité du mari, tant seulement, le fonds acheté par le mari des deniers de la dot devient subsidiairement dotal, c'est-à-dire, que la femme peut le révendiquer, si les héritiers ou autres créanciers du mari ne la payent : car hors de ce cas le fonds que le mari achete des deniers de la dot de sa femme, n'est pas dotal; il n'appartient pas à la femme, & elle ne peut le révendiquer, n'y ayant tout au plus qu'une hypotheque privilégiée. *Leg.* 54, *ff. de jure dotium*, *Leg.* 12, *cod. eodem.*

Suivant ces principes, il a été rendu un Arrêt au Parlement de Toulouse le 2 septembre 1746, après partage fait en la seconde & troisieme Chambre des Enquêtes, qui a jugé que Me. Merle, Procureur, ayant fait une surdite sur les biens du sieur Brun, son beaupere, dont la vente avoit été ordonnée au profit de ses créanciers, & ses biens lui ayant été adjugés sur cette surdite, quoique faite par lui en qualité de mari & maître des biens dotaux, & remplie au moyen des hypotheques dotales de la Demoiselle Brun, sa femme, donataire de la Demoiselle Azemar, sa mere, lesdits biens dont le sieur Merle avoit pris lui-même la possession, lui appartenoient en propre, qu'ils n'étoient point dotaux, & qu'il avoit pu quelques années après les vendre à Me. Bruilhé, Avocat, sans que celui-ci fût en droit de demander la rescision de cette vente, sous prétexte que les biens vendus étoient dotaux & inaliénables.

§. 6. *Item, inutilis est stipulatio, si vel ab eo stipuleris, qui Juri tuo subjectus est, vel si is à te stipuletur.*

Il suit de ce texte, par un argument des contraires, que le fils de famille majeur, s'il est émancipé, peut faire toute sorte de traités & de contrats avec son pere; il peut même, quoiqu'il ne soit pas émancipé, traiter & contracter avec son pere au sujet de ses biens castrenses ou quasi-castrenses, s'il y en a, parce qu'en ces choses il est réputé pere de famille; il peut encore valablement traiter & contracter société avec son pere, sous la puissance duquel il est, non seulement de ses biens castrenses ou quasi-castrenses, mais même de la propriété de ses biens adventifs, ou de ce qu'il a gagné par son travail & industrie, parce que cette propriété & ce gain lui appartiennent indépendamment de son pere.

Enfin, le pere peut même donner valablement & irrévocablement en contrat de mariage à son fils, quoique non émancipé & mineur, ou encore à naître; parce que les contrats de mariage sont susceptibles parmi nous de toute sorte de conventions entre toutes personnes, lorsque lesdites con-

ventions ne vont pas contre l'honnêteté publique, ni contre les dispositions prohibitives du Droit.

Sur quoi on peut noter en passant, que, suivant le Droit, le pacte stipulé dans le contrat de mariage, de ne pas répéter la dot ou partie de la dot, ou la convention que le mari gagnera la dot en tout ou en partie, sont nuls & de nul effet, lorsque le mariage vient à être dissous par le prédécès du mari, soit qu'il y ait des enfans existans dudit mariage, ou qu'il n'y en ait pas, *Leg.* 12, *ff. de pactis dotalib. Leg.* 3, *cod. de pactis convent.* parce que *interest rei publicæ dotes mulieribus salvas fore*; mais cette convention est bonne au profit du mari, lorsque le mariage vient à se dissoudre par le prédécès de la femme, parce que la même raison n'y est pas, *dict. Leg.* 12, *ff. de pactis dotalib.* quoique du reste le mari soit obligé de conserver cette dot pour les enfans nés du mariage, s'il y en a, *Novell.* 98, *cap.* 1, tout comme quand il y a un Statut local qui fait gagner la dot au mari par le prédécès de la femme.

Mais on a demandé, si ayant été stipulé que, quoique le mari vînt à mourir le premier sans enfans, néanmoins la dot appartiendroit aux héritiers du mari après la mort de la femme, qui n'en auroit que la jouissance durant sa vie, ce pacte étoit valable; & ayant été consulté depuis peu sur un pareil contrat de mariage, j'ai répondu que ce pacte étoit nul de toutes les façons, & qu'il l'étoit encore davantage, attendu que la femme étoit venue à se remarier.

Filii verò familiarum aliis obligari possunt.

Les enfans de famille majeurs peuvent contracter & s'obliger encore envers toute sorte de personnes étrangeres, comme feroit un pere de famille, *Leg.* 39, *ff. de obligat. & actionib.* on n'en excepte que le cas du prêt d'argent; ainsi le fils de famille majeur peut cautionner valablement pour un étranger, & même pour son pere, sans espoir de restitution, comme on le voit dans *Catellan*, *liv.* 5, *chap.* 15, bref, toutes les obligations qu'il contracte, hors le prêt d'argent, sont bonnes, & peuvent être exécutées sur ses biens, après que l'usufruit du pere a fini, ou même sur ses biens castrenses ou quasi-castrenses, tandis que le pere vit.

Il n'est pourtant pas libre au fils de famille de vendre, aliéner, ou donner ses biens à lui appartenans, dont son pere a l'usufruit par droit de puissance paternelle, sans le consentement de son pere, de façon même que cette aliénation ne devient pas valable après que l'usufruit du pere a pris fin; ainsi cette vente demeure toujours nulle, quand même le fils de famille y auroit réservé l'usufruit à son pere, la Loi derniere, §. *filiis autem*, *cod. de bonis quæ liberis*, prohibant par exprès l'aliénation desdits biens; mais le fils de famille majeur peut vendre valablement les biens que son pere lui a donné en le mariant, quoique le pere dans le contrat de mariage s'en

s'en fût réservé l'usufruit, & cette aliénation est bonne, quoique faite sans le consentement du pere, auquel on réserve cet usufruit, sa vie durant, parce qu'il n'est pas question alors d'un usufruit dû au pere *jure patriæ potestatis*, mais par la réservation qu'il en a fait comme tout étranger donateur eût pu faire, & 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. *Catellan*, *liv.* 5, *chap.* 28.

Quant au prêt d'argent fait aux fils de famille, soit majeurs, ou mineurs, il est nul & défendu par le Sénatus-Consulte Macédonien, *toto titul. ff. de Senatus-Consult. Maced. & infrà*, *liv.* 4, *titr.* 7, §, 7; enforte que le fils de famille n'en est pas obligé ni tenu, & se fait restituer envers l'emprunt en venant par Lettres royaux dans les dix années, à compter du jour de son émancipation, ou depuis qu'il a cessé d'être sous la puissance paternelle : ce Sénatus-Consulte est observé dans tous les Pays de Droit Ecrit où la puissance paternelle a lieu; mais du reste, à l'exception de l'argent comptant, le fils de famille peut valablement emprunter des marchandises, grains, meubles, ou autres choses de cette espece, à moins qu'il ne parût que ces choses ou effets lui eussent été baillés en fraude de la Loi, pour les revendre & se servir des deniers, *Leg.* 7, §. 3, *ff. de Senatus-Consult. Maced.* on peut même lui bailler de l'argent pour ses études ou ses besoins pressans, pourvû que la somme ne soit pas excessive, & qu'il n'y ait point de fraude, *dict. Leg.* 7, §. 3, *& Leg.* 5, *cod. eodem.*

Vinnius sur le Livre IV. ci-après, titr. 7, §. 7, remarque que le fils de famille ne peut valablement renoncer dans l'acte d'emprunt au bénéfice du Macédonien, mais qu'étant devenu *sui juris*, il ne peut pas se servir du Macédonien *in foro conscientiæ*, à moins que le créancier ne lui eût prêté sciemment pour la dissipation & la profusion.

§. 7. *Mutum neque stipulari, &c.*

Les muets & sourds, les furieux ou les imbécilles ne pouvant contracter ni régir leurs affaires, on leur donne des curateurs, en la maniere que nous l'avons expliqué sur le §. 3, du Titre *de curatoribus*, au Livre premier.

§. 9. *Pupillus omne negotium rectè gerit; ita tamen, &c.*

Le pupille qui a déja quelque connoissance, peut s'obliger, *tutore tamen autore*, comme il est dit ici; mais, suivant nos usages, ce sont les tuteurs qui en cette qualité contractent eux-mêmes pour leurs pupilles, ainsi que nous l'avons remarqué ailleurs; & du reste, quoique l'Empereur ajoute que l'impubere qui est en la puissance de son pere, ne peut pas même s'obliger, *patre autore*, il est néanmoins vrai, conformément à la

Loi derniere, §. 4, *cod. de bonis quæ liberis*, qu'un pere, comme légitime adminiſtrateur de la perſonne & biens de ſes enfans, même impuberes, peut s'obliger en cette qualité valablement pour eux & pour leur intérêt, ou les faire obliger eux-mêmes ſous ſon autorité : car le pere à l'égard de ſes enfans eſt toujours regardé par les Loix comme leur, légitime Procureur ou Adminiſtrateur, ainſi que dit *La Roche*, *liv.* 6, *titr.* 40, *art.* 3, ce qui n'empêche pas que les enfans ne puiſſent dans la ſuite ſe faire reſtituer envers le traité, s'ils ſe montrent léſés.

§. 11. *Si impoſſibilis conditio obligationibus adjiciatur, nihil valet ſtipulatio.*

Dans les contrats & les obligations la condition impoſſible ou contre les bonnes mœurs qui y eſt appoſée, rend l'obligation nulle, parce qu'on préſume qu'en l'inſérant dans un acte qui ne peut ſubſiſter ſans le conſentement des deux parties, elles n'ont pas entendu traiter ſérieuſement ; ce qui s'entend pourtant des conditions impoſſibles conçues en termes affirmatifs, comme, *ſi l'on touche le ciel avec le doigt*, *ſi l'on boit toute l'eau de de la mer*, &c. au lieu que quand la condition impoſſible ou contre les bonnes mœurs eſt conçue par une négative, par exemple, *ſi in cœlum non aſcenderis*, *ſi hominem non occideris*, on préſume en ce cas que l'intention des parties a été d'entretenir le contrat, puiſqu'elles ont voulu qu'il ne fût révoqué, & de nul effet, que ſous une condition qui ne peut ou ne doit jamais arriver ; ainſi l'acte demeure alors dans ſa force, & l'exécution n'en eſt pas différée.

Pour ce qui eſt des teſtamens & diſpoſitions de derniere volonté, comme c'eſt l'acte d'une ſeule partie, on raiſonne différemment : la condition impoſſible ou contre les bonnes mœurs, quoique conçue en termes affirmatifs, comme, *je légue à Pierre, s'il boit toute l'eau de la mer*, &c. eſt de nul effet, & tenue pour non écrite, comme étant préſumée échapée par inadvertance, & la diſpoſition ou le legs ne laiſſe pas d'être valable ; ſi néanmoins il paroiſſoit clairement que le teſtateur a cru la condition poſſible, bien qu'en effet elle ne le fût pas, en ce cas le legs ſeroit nul, & devroit demeurer ſans exécution.

Henrys, *tom.* 2, *liv.* 1, *queſt.* 14, *de l'édition de* 1708, poſe l'eſpece d'un teſtateur qui avoit légué aux Prêtres de ſa Paroiſſe une certaine ſomme ou penſion payable à chaque Fête de Touſſaints, à la charge de dire douze Meſſes le premier Lundi de chaque mois pour le ſalut de ſon ame, tant & ſi longuement qu'elle demeureroit en Purgatoire : il ne regarde pas ce legs ou cette fondation comme nulle, mais il dit qu'il ne faut pas auſſi la regarder comme perpétuelle, & qu'on doit la limiter à dix ou douze ans ; parce qu'autrement ce ſeroit diminuer le mérite de tant de ſacrifices.

§. 12. *Non præsentes fuisse se vel adversarios suos contendentibus.*

Quoique l'Ordonnance de 1667, titr. 20, en prohibant la preuve par témoins dans les choses excédant la somme ou valeur de 100 liv. ait défendu en même tems de recevoir aucune preuve par témoins contre & outre le contenu aux actes, ni sur ce qui seroit allégué avoir été dit avant, lors, ou après lesdits actes, encore qu'il fût question de moins de 100 liv. cela n'empêche pas qu'on ne puisse attaquer les actes ou contrats par la voie du faux, en la maniere prescrite par l'Ordonnance du mois de juillet 1737 concernant le faux principal ou incident, & même par la preuve de l'*alibi*, dont il est ici parlé, qui tombe dans les moyens de faux; mais il faut prendre garde que la preuve de l'*alibi* ne peut être concluante & utile, que lorsqu'il y a une impossibilité naturelle, à cause de la distance & de l'éloignement que la partie ait pu se trouver dans le lieu le jour qu'on prétend qu'elle y a contracté ou qu'elle y a délinqué. *La Peyrere, lettre S. n.* 40.

§. 13. *Sive post mortem, sive pridiè quàm moriatur stipulator, sive promissor, stipulatio concepta sit, valeat.*

Tout cela est conforme à nos usages, de même qu'à la Loi *scrupulosam, cod. de contrah. & committ. stipul.* & à la Loi unique, *cod. ut actiones ab hæredib. & contra hæred. incipiant*; & en effet, puisqu'il suffit du seul consentement des parties pour rendre les obligations valables, on peut donc en contractant n'obliger que ses héritiers envers celui qui stipule, tout comme s'obliger soi-même simplement envers les héritiers du stipulant, ensorte que l'obligation ne commence à prendre force qu'au jour du décès de l'une ou de l'autre des parties.

On tient même en général que lorsque l'on vend des effets, ou que l'on prête des deniers pour être payés, *Prêtre*, *mort*, ou *marié*, ces obligations sont valables, & bonnes dès l'événement de l'une de ces conditions; il est vrai que comme ces ventes sont faites ordinairement à un fort haut prix, & que ces mêmes obligations sont aussi présumées usuraires, on les réduit au juste prix du prêt ou de la vente, quand il peut être connu. *Vid. Maynard, livre* 7, *chapitre* 67; *La Roche & Graverol, livre* 6, *titre* 69, *art.* 1; *Loyseau, du déguerpissement, livre* 4, *chapitre* 3, *n.* 13.

§. 17. *Si scriptum in instrumento fuerit promisisse aliquem, perindè habetur, atque si interrogatione præcedente responsum sit.*

On conclut avec raison de ce paragraphe, que les actes portent en soi une présomption de vérité & même de solemnité, & qu'il faut supposer que les formalités qui sont requises pour la validité de l'acte, y ont été observées, comme il est répété dans le §. 8, du Titre suivant; mais cela

ne doit pas s'entendre des solemnités dont les Loix, Coutumes, ou Ordonnances, ont exigé que l'acte fît une mention spéciale, d'autant mieux que, comme nous l'avons dit ailleurs, on ne recevroit pas une partie à prouver par témoins que ces formalités ont été observées, lorsque l'acte n'en dit rien : ainsi les Ordonnances d'Orléans, art. 84, & de Blois, art. 165, &c. veulent que les Notaires, lors des actes, requierent non seulement les parties & les témoins de signer, mais qu'il soit fait mention encore de cette requisition & de la réponse de ceux qui n'ont pu ou su signer, à peine de nullité ; on ne présumeroit donc pas que le témoin ou la partie qui n'auroit pas signé, n'eussent su ou n'eussent pu le faire, à cause de quelque indisposition : ainsi l'Ordonnance de 1735 concernant les Testamens, art. 5, veut que dans les testamens nuncupatifs il soit fait mention de la lecture que le Notaire doit en faire au testateur ; on ne présumera donc pas si le testament n'en parle point, que cette lecture ait été faite, &c. mais j'ai vu décider que la clause, *fait & récité, &c.* mise à la fin du testament, étoit suffisante pour remplir cette formalité.

TITRE XXI.

De Fidejussoribus.

§. 1. *Ac nec illud quidem interest, utrum civilis an naturalis sit obligatio, cui adjicitur fidejussor.*

Ce qui est dit ici, que l'on peut cautionner pour toute sorte d'obligations, & pour les personnes mêmes qui ne sont tenues que d'une obligation naturelle, laquelle ne produit contre eux aucune obligation en Justice, fait voir qu'il y a des cas, où, quoique le débiteur principal soit restitué envers son obligation, la caution demeure obligée, & où cette restitution ne lui profite pas, bien que l'obligation de la caution ne soit que l'accessoire de l'obligation principale.

Il y a plusieurs Loix sur cette matiere qui paroissent contraires, mais on les concilie par une regle qui fait dépendre la restitution de la caution, de la connoissance qu'elle a eu, ou qu'elle n'a pas eu, du vice de l'obligation principale : ainsi celui qui a cautionné pour un fils de famille qui emprunte de l'argent, ou pour un prodigue interdit, lesquels ne sont obligés que naturellement, ou pour un mineur, sera déchargé de son cautionnement, & la restitution que ces personnes obtiendront, lui profitera ; s'il n'a pas connu la qualité du fils de famille, du prodigue, ou du mineur, &c. pour lesquels il a cautionné ; mais s'il l'a connue ou pu connoître, il demeurera obligé, parce qu'on présumera alors qu'il a voulu cautionner & s'obliger envers le créancier *animo donandi, &c. Vid. Vinnius, hic,*

hîc, n. 4; Cujas en ſes Paratiltes du Code, & ſur le titre du Code, de fidejuſſoribus minor. & le §. 4, infrà, de replicationibus.

§. 2. *Fidejuſſor non tantùm ipſe obligatur, ſed etiam hæredem relinquit obligatum.*

L'obligation de la caution paſſe à ſes héritiers ſans difficulté, ainſi qu'il eſt dit dans ce texte; cependent la caution elle-même, après avoir demeuré un aſſez long-tems obligée, par exemple, pendant dix années, peut agir contre le débiteur principal, afin qu'il paye, & qu'il la libere par-là du cautionnement : car c'eſt par ce tems de dix ans que les Arrêts ont interprêté le *diù*, ou le long tems, dont il eſt parlé dans la Loi 38, §. 1, *ff. mandati. Catellan, liv. 5, chap. 21.*

Il en eſt autrement de la caution d'une rente conſtituée : car elle ne peut pas contraindre le débiteur principal de payer le capital, & de libérer, tandis qu'il paye exactement la rente, *Catellan ibid.* mais ſoit qu'il n'y ait pas dix années depuis le cautionnement, ſoit qu'il s'agiſſe même de la caution d'une rente conſtituée, elle peut agir contre le débiteur principal, toutes les fois que celui-ci diſſipe ſes biens, ou ne paye pas les arrérages de la rente, ſuivant la Loi déja citée.

Les cautions ſont encore déchargées de leur obligation par une novation, quoiqu'imparfaite & inſuffiſante pour éteindre la premiere obligation du débiteur : car quoiqu'en celui-ci & ſon créancier il ne puiſſe pas y avoir de novation parfaite, s'ils n'en ont convenu expreſſément, ſuivant la Loi derniere, *cod. de novationib.* comme nous l'obſerverons ci-après, en parlant de la novation, cependant l'obligation des cautions demeure éteinte, lorſque, par exemple, après le terme de la premiere obligation expiré, le créancier par une ſeconde convention proroge le tems au débiteur, ſans la participation de la caution; lorſqu'il convertit l'obligation principale qui étoit à jour, en un contrat de conſtitution de rente; lorſqu'il eſt fait un ſecond bail, ou une reconduction tacite, & autres cas ſemblables, pour leſquels il eſt évident que la caution n'a pas entendu s'obliger.

§. 3. *Fidejuſſor & præcedere obligationem & ſequi poteſt.*

Non ſeulement on peut prendre ces cautions, ſoit avant, ſoit après une obligation principale, comme il eſt dit ici, mais on juge encore que le créancier qui a prêté ſous des cautions ſolvables, qui deviennent enſuite inſolvables, en peut demander de nouvelles, ou d'être payé, & on n'excepte que le cas de la caution d'une rente conſtituée, lorſque le débiteur eſt exact à payer la rente; parce quautrement le créancier, en alléguant l'inſolvabilité de la caution de la rente, en pourroit prendre un prétexte trop aiſé pour exiger le rembourſement de ſon capital. *Catellan, liv. 5, chap. 62.*

§. 4. *Si plures sint fidejussores, singuli in solidum tenentur ; itaque liberum est creditori à quo velit, solidum petere.*

L'on trouve dans cette décision la différence qu'il faut faire entre plusieurs débiteurs d'une même somme & plusieurs cautions : les premiers ne sont pas solidairement obligés, s'il n'y a une clause expresse de solidité, ainsi qu'il a été dit ci-devant sur le Titre XVII. de ce livre ; mais plusieurs cautions sont toujours solidairement obligées envers le créancier, quoiqu'il n'en ait été rien dit dans le contrat, parce qu'elles sont toujours censées s'obliger chacune pour l'assurance de l'entiere dette, & que la Novelle 99 n'a fait aucun changement à leur égard.

Cependant les cautions ont deux petits avantages, lorsqu'elles n'y ont pas renoncé ; l'un, dont il est parlé dans ce paragraphe, & qu'on appelle le bénéfice de division, qui consiste en ce que deux ou plusieurs cautions peuvent obliger le créancier à diviser son action contr'elles, & à ne le poursuivre chacune que pour leur part, pourvu que lorsqu'elles demandent cette division, elles soient toutes solvables, & cette exception de leur part peut même être proposée en tout état de cause, suivant la Loi 10, *cod. de fidejussoribus* ; l'autre est le bénéfice d'ordre ou de discussion, qui leur a été accordé par la Novelle 4, *cap.* 1, & par l'authentique, *præsente*, *cod. de fidejussoribus*, & qui consiste à ne pouvoir être poursuivies par le créancier qu'après qu'il a discuté & fait vendre tous les biens du débiteur principal, s'il y en a, sans pouvoir en être payé : ce bénéfice d'ordre ou de discussion peut aussi être proposé en tout état de cause, suivant *Dolive*, *liv.* 4, *chap.* 22, mais on ne manque jamais dans les actes de faire renoncer les cautions à l'un & à l'autre de ces bénéfices, & cette renonciation est valable.

Les cautions même judiciaires, c'est-à-dire, qui ont été ordonnées par Justice, ne jouissent point de ces bénéfices, comme, par exemple, quand il est ordonné que le payement d'une somme sera fait, à la charge que celui qui le reçoit, baillera caution ; mais ces cautions judiciaires ne sont guere reçues qu'elles n'aient des immeubles suffisans pour répondre de la somme dont il s'agit, & comme on peut le voir dans *Louet*, *lettre C. ch.* 9, & dans *l'Ordonnance de* 1667, *titr.* 28.

Au surplus, les cautions ne doivent pas être de difficile convention : ainsi par un Arrêt du 17 Juillet 1716 le cautionnement de M. le Comte du Poujol, comme Seigneur de Place, quoique très-riche, offert par un dévolutaire pour la somme de 500 liv. fut rejetté, & ordonné que le dévolutaire donneroit caution bourgeoise.

Les Présidens & Conseillers en Cour Supérieure ne peuvent pas non plus être cautions judiciaires, moins par la difficulté de s'en prendre à eux, que comme s'assujettissant en cela à la contrainte par corps ; & par un Arrêt

du 23 mai 1729, dans la cauſe de M. de Broſſier, Conſeiller au Parlement de Bordeaux, contre M. de Segur, Préſident, j'ai vu accueillir l'appel d'une Ordonnance qui avoit reçu M. de Segur, Conſeiller audit Parlement, pour caution de M. de Segur, Préſident, ſon neveu; il fut ordonné que devant un autre Commiſſaire il ſeroit procédé à la réception d'une nouvelle caution.

Il faut dire à peu-près la même choſe des Prêtres & autres perſonnes conſtituées ès Ordres ſacrés, d'autant plus qu'ils ſont exempts de la contrainte, ſuivant l'Ordonnance de Blois, art 57, & la Déclaration du 30 juillet 1710, & que le cautionnement leur eſt même défendu par les ſaints Canons; ce qui n'empêche pas pourtant qu'il ne puiſſent ſe rendre cautions volontaires, & qu'alors ils ne ſoient tenus & obligés, en vertu de leur cautionnement, ſur les biens de leur patrimoine & les fruits de leurs Bénéfices.

Si ab uno fidejuſſore creditor totum conſecutus fuerit, hujus ſolius detrimentum erit, ſi is pro quo fidejuſſit, ſolvenda non ſit.

Lorſqu'une des cautions a payé l'entiere dette, elle ne peut pas ſans doute, quoique le débiteur principal ſe trouve inſolvable, rien répéter du créancier; mais elle peut, lorſqu'elle fait le payement, obliger le créancier à lui céder ſes actions contre les autres cautions, c'eſt-à-dire, à la ſubroger à ſon lieu & place, & c'eſt encore un avantage accordé à la caution, qu'on appelle en Droit, *beneficium cedendarum actionum*, moyennant quoi & lorſque la caution a ainſi pris la ceſſion & ſubrogation du créancier, elle peut agir contre les autres cautions pour en exiger le payement, ſa portion déduite, de la même maniere que le créancier auroit pu le faire; mais quand l'une des cautions a tout payé ſans ceſſion ni ſubrogation, il n'y a plus de difficulté : car ſuivant ce paragraphe, ſuivant la Loi 39, *ff. de fidejuſſoribus*, & la Loi 11, *cod. eodem*, de même que ſuivant *Catellan*, *liv.* 5, *chap.* 49, la caution ne peut alors agir contre les autres cautions pour répéter d'elles leur part de la dette, & ce qu'il a payé, bien qu'à leur libération, eſt perdu pour lui, par cette raiſon, dit-on, que quoique les cautions ſoient toujours ſolidaires envers le créancier, elles ne ſont pas pourtant cautions entr'elles; cela paroît néanmoins trop dur, & plus encore ce que *Catellan* ajoute, qu'après le payement une fois fait, la caution ne peut plus contraindre le créancier à lui céder ſes actions : auſſi *Maynard*, *liv.* 2, *chap.* 49, dit que tout cela eſt plus fondé en ſubtilité qu'en raiſon & en équité, & rapporte un Arrêt en faveur de la caution qui n'avoit pris la ſubrogation du créancier qu'après le payement; ce qui eſt auſſi conforme à la doctrine de *Vinnius* ſur ce texte. *Dolive* va même plus loin, *liv.* 4, *chap.* 31, *de ſes Arrêts* : car il dit qu'on ne doit pas faire difficulté de ſuppléer la ſubrogation, comme étant

de droit & sousentendue en faveur de la caution qui a payé le créancier, pour lui donner action contre les autres cautions qu'il a libérées de la dette commune ; & cela est juste.

§. 5. *Fidejussores ita obligari non possunt, ut plus debeant, quàm debet is pro quo obligantur.*

Quoique la caution ne puisse être obligée à plus que le débiteur principal, parce que son engagement n'est que l'accessoire de l'obligation principale, elle peut néanmoins s'obliger pour une moindre somme, comme il est dit dans ce paragraphe.

Au surplus, la caution qui s'est obligée pour une somme principale, sans parler des intérêts, ne l'est pas, dans les regles, des intérêts de ladite somme, soit qu'elle portât intérêt de sa nature, ou non, *Leg.* 68, *ff. de fidejussoribus*, *Leg.* 10, *cod. eodem*, & ne l'est tout au plus que pour les intérêts qui ont couru depuis l'instance formée contre le débiteur ou contr'elle : c'est ce que *Boutaric* semble n'avoir pas bien expliqué ; la caution n'est pas même tenue des dépens qui auroient été faits contre le débiteur lui seul, d'autant mieux que les dépens sont personnels.

§. 6. *Si quid autem fidejussor pro reo solverit, ejus recuperandi causa, habet cum eo mandati judicium.*

Il est certain que la caution qui paye le créancier, acquiert en le payant tous les droits & actions du créancier contre le débiteur principal, & y est subrogé d'une maniere tacite & légale par l'effet du seul payement, quoique sans cession ni subrogation expresse, *Catellan*, *liv.* 5, *chap.* 49 ; mais la Jurisprudence des Arrêts a encore passé plus avant, en ce que les intérêts que la caution a payé, soit volontairement, ou par contrainte, lui sont alloués au même rang que le capital, c'est-à-dire, du jour du contrat de cautionnement, par cette raison que ces intérêts lui représentent en effet un capital, *Catellan*, *liv.* 6, *chap.* 8. Il a même été jugé par un Arrêt du Parlement de Toulouse du 15 décembre 1715, en la cause de M. de Rochemaure contre le sieur de Calvisson, que celui qui a accédé après coup comme caution à une obligation contractée long-tems auparavant, devoit avoir hypotheque sur les biens du débiteur principal, du jour de la premiere obligation, quoiqu'il n'y fût pas compris, parce qu'en payant le créancier qui avoit hypptheque dès ce jour-là, il avoit succédé à sa place, & les intérêts lui furent alloués aussi au même rang.

On adjuge même à la caution les intérêts des intérêts, parce que ces intérêts sont regardés à son égard comme un capital, suivant *Dolive*, *liv.* 4, *chap.* 32, *in fine*, & *Catellan*, *liv.* 6, *chap.* 8, comme il a été dit ailleurs ; mais par rapport à ces intérêts des intérêts que la caution a payé, on distingue, pour savoir si ces intérêts des intérêts doivent lui être alloués également

également du jour du contrat, & adjugés depuis le terme des payemens; ou bien s'ils doivent être adjugés seulement du jour de l'introduction de l'instance qu'elle a formé contre le débiteur, & alloués en dernier rang : car si la caution a payé des intérêts par force & par contrainte, on lui adjuge les intérêts de ces intérêts depuis le jour de chaque payement, & on les alloue aussi du jour du contrat de cautionnement, & au même rang que le capital ; mais au contraire si la caution a payé des intérêts volontairement, on ne lui adjuge les intérêts de ces intérêts que depuis l'instance, & on ne les alloue qu'après tous les capitaux, *Catellan*, *liv.* 6. *chap.* 8. encore faut-il, je pense, entendre ceci des intérêts que la caution auroit payée pour un capital qui fût capable d'en produire légitimement : car s'il n'étoit question que des intérêts d'un prêt, qui eussent été payés par la caution volontairement, il semble juste de ne lui adjuger ni ces intérêts, ni les intérêts de ces intérêts ; cependant *Catellan*, *loc. cit.* ne distingue pas, & paroît même parler des intérêts d'un prêt.

Quand la caution n'a payé que le capital, on suit la même distinction : car si elle l'a payé par contrainte, on lui en adjuge les intérêts depuis le jour du payement, & on les alloue au rang du principal ; au lieu que si elle l'a payé volontairement & sans interpellation, on ne lui en accorde les intérêts que depuis l'instance, en les allouant au dernier rang, & après tous les capitaux dûs aux autres créanciers. *Dolive*, *liv.* 4, *chap.* 21 ; *Catellan*, *liv.* 6, *chap.* 8.

Il y a deux ou trois autres observations à faire. La premiere, que l'instance formée contre le débiteur principal produit & fait courir non seulement les intérêts contre la caution, mais qu'elle interrompt aussi la prescription à l'égard de la caution, du moins lorsqu'elle s'est obligée solidairement & sans discution. *Catellan*, *liv.* 7, *chap.* 12.

La seconde, que quoique les payemens faits par la caution au créancier d'une partie de la créance ou des intérêts, prorogent l'action de ce créancier contre le débiteur principal au-delà de trente années, tout comme contre la caution ; néanmoins on juge que la caution doit agir, & demander au débiteur le remboursement de ce qu'elle a payé pour lui dans les trente années, à compter du jour de chaque payement, sans quoi le débiteur peut opposer à la caution la prescription trenténaire. *Catellan*, *liv.* 7, *chap.* 18.

La troisieme observation est au sujet des femmes & des filles, qui ne peuvent valablement cautionner ni s'obliger ou intercéder pour autrui, & qui sont relevées de ces obligations par le bénéfice du Sénatus-Consulte Velleyen, que nous observons dans les Pays de Droit Ecrit, nonobstant l'Edit du Roi Henry IV. de l'année 1606, qui a donné cette permission au sexe, & qui n'a lieu que dans les Pays Coutumiers ; le Velleyen est même observé dans la ville de Toulouse, malgré un article de la Coutume

de cette ville, qui porte qu'il ne doit pas avoir lieu, *Catellan*, *liv.* 4, *chap.* 49, quoi qu'il en ſoit dit dans *La Roche & Graverol*, *liv.* 6, *verb. caution*, *art.* 2; mais régulierement la femme qui dans le pays de Droit Ecrit a cautionné ou s'eſt obligée pour autrui, doit, pour jouir du bénéfice du Velleyen, ſe pourvoir par Lettres royaux en reſtitution dans les dix années, du jour de l'acte d'obligation.

Les femmes & filles ſont également reſtituées, quand même elles ſe ſeroient obligées pour leur pere : ainſi par un Arrêt du 21 Août 1731, rendu au Parlement de Toulouſe après partage, la Dame de Gudanes fut reſtituée par le Velleyen envers ſon obligation de 700 liv. pour la moitié de celle de 1400 liv. qu'elle avoit emprunté ſolidairement avec ſon pere, attendu que ce bénéfice eſt accordé même à la femme qui s'oblige ſolidairement avec un autre, pour la moitié qui eſt en ce cas regardée comme un cautionnement, *Leg.* 17, *ff. ad Velleïanum*, *Leg.* 11. *ff. de duobus reis*, & on n'eut point d'égard à ce que la Dame du Gudanes avoit ſollicité cet emprunt par pluſieurs lettres miſſives qu'on rapportoit; auquel cas *Papon*, *liv.* 12, *titr.* 5, *art.* 2, dit que le Velleyen doit ceſſer : on n'eut pas égard non plus à ce que cette Dame n'avoit pris ſes Lettres en reſtitution que treize années après l'acte, vû que c'étoit néanmoins dans les dix années depuis la mort de ſon pere, pendant la vie duquel elle diſoit qu'elle n'avoit pu agir.

La mere, quoique tutrice, qui cautionne ou s'oblige ſur ſes biens propres pour ſes enfans, en eſt également relevée par le Velleyen, *Dolive*, *liv.* 4, *chap.* 13; *Catellan*, *liv.* 4, *chap.* 49, & les obligations que la femme contracte pour ſon mari, ſont encore plus particulierement réprouvées, ſoit qu'il s'agiſſe d'un cautionnement ou d'une autre obligation, & ſoit qu'on l'ait induite à accepter des ceſſions de dettes contractées par ſon mari inſolvable, ou autrement; juſques-là que, quoique les femmes majeures, lorſqu'elles ont ratifié l'obligation après deux années de ſa date par une ſeconde, ne puiſſent plus, dans les regles, être reſtituées par le bénéfice du Velleyen, ſuivant la Loi 22. *cod. ad Velleïanum*, néanmoins ces ratifications fuſſent-elles réitérées & faites par la femme déja veuve, ne lui nuiſent pas, & elle peut nonobſtant cela ſe ſervir toujours du Velleyen, lorſqu'il eſt queſtion d'une obligation ou cautionnement contractés par le mari. *Authent. ſi qua mulier*, *cod. ad Velleïan. Vedel ſur Catellan*, *liv.* 5, *chap.* 17.

Cependant ſi la femme s'eſt obligée pour ſon mari ou pour ſon fils détenus en priſon, ſoit pour crime, ſoit même pour une dette, pourvu que ſi c'eſt pour dette, le mari ou le fils fuſſent d'une condition noble & relevée qui ne leur permît bonnement, ſans ſe faire tort, de recourir à la ceſſion de biens, l'obligation ou le cautionnement de la femme eſt alors valable, & elle n'eſt pas relevée. *Catellan & Vedel*, *liv.* 4, *chap.* 1, & *liv.* 5, *chap.* 16.

Par un Arrêt du 29 Avril 1737 rendu au Parlement de Toulouſe, au rapport de M. de Palamini, il a été jugé que Marie Teyſſier ne pouvoit pas être relevée par le Velleyen de l'obligation de 600 liv. qu'elle avoit conſenti pour Pierre Blanc ſon fils, en faveur du ſieur Dupuy, Marchand de bois, pour délivrer ledit Blanc des pourſuites que Dupuy avoit commencées contre lui pour vol de bois, dans le tems qu'il étoit ſon apprentif.

Du reſte, les créanciers de la femme, comme exerçant ſes actions ne peuvent malgré elle ſe ſervir du bénéfice du Velleyen, & les héritiers de la femme ne peuvent pas même s'en ſervir, quand la femme a vécu ſans ſe plaindre, ou a témoigné ne vouloir pas en uſer. *Catellan, liv. 4, chap. 49.*

TITRE XXII.

De Litterarum Obligationibus.

Si quis debere ſe ſcripſerit quod ſibi numeratum non eſt, &c.

NOUS avons déja dit ailleurs que nous ne connoiſſons pas en France cette eſpece d'obligation qui ſe contractoit jadis chez les Romains par la ſeule écriture, *& quæ nominibus fieri dicebatur*, laquelle n'étoit même plus en uſage du tems de Juſtinien ; cependant il eſt ici parlé encore d'une autre eſpece d'obligation par la ſimple écriture : car il paroît par ce paragraphe & par la Loi 14, *cod. de non numeratâ pecuniâ*, que l'exception de pécune non comptée devoit être oppoſée dans les deux ans, à prendre du jour de l'acte, auquel cas le créancier étoit obligé de prouver la numération, au lieu qu'après les deux années cette exception ne pouvoit pas être oppoſée par le débiteur, en prouvant même le défaut de numération, ou en déférant ſur ce point le ſerment au prétendu créancier ; le débiteur ne demeuroit obligé après ces deux années qu'en vertu de ſa ſimple écriture, ſuivant ces paroles de ce texte, *ſic fit ut & hodiè dum quæri non poteſt, ſcripturâ obligetur.*

Il eſt tout autrement dans ce Royaume : car on juge que c'eſt toujours à celui qui dit que l'argent qu'il a reconnu ou confeſſé avoir reçu, ne lui a pas été compté, à prouver ce fait, ſoit que cette exception ſoit propoſée dans les deux années ou après, & cette exception de pécune non nombrée ou le défaut de numération peuvent même être oppoſés & prouvés en tout tems par le débiteur ; ce qu'il faut entendre & reſtraindre à dix années, parce que c'eſt la durée & le terme de toutes les actions reſciſoires. *Catellan & Vedel, liv. 5, chap. 57.*

Mais la difficulté eſt de ſavoir, quelle preuve l'on doit admettre ; il eſt

vrai que lorsqu'il n'y a dans l'acte qu'une simple confession d'avoir auparavant reçu, on peut admettre la preuve par écrit du contraire, & même celle par témoins, s'il y a déja quelque commencement de preuve par écrit, que l'argent n'ait pas été compté & délivré : mais autrement on ne peut être reçu à prouver l'exception *pecuniæ non numeratæ*, que par le serment déféré à la partie.

Si même l'acte est public & porte la réelle numération & réception au vû du Notaire & témoins, il semble qu'on ne peut prouver le contraire qu'en recourant à l'inscription de faux, & qu'on ne doit pas être admis à déférer dans ce cas le serment à la partie, ni à l'obliger de jurer, à moins qu'on ne se restraigne à dire que l'argent a été repris ou rendu.

Au reste, quand nous disons que la preuve doit être demandée ou le serment déféré dans les dix années, cela doit s'entendre du serment ou de la preuve qui sont demandés par voie d'action : car on croit que quand ce ce n'est que par voie d'exception, ils peuvent l'être durant trente ans.

Il y a un Arrêt du Parlement de Toulouse du 8 juin 1735, au rapport de M. de Juin, qui condamna le sieur Brandouin de Fregefon à payer & rembourser à la demoiselle Pontier, sa fiancée, la somme de 15000 liv. qu'il lui avoit reconnue dans le contrat des fiançailles pour argent ci-devant reçu, quoiqu'il opposât l'exception *non numeratæ pecuniæ*, vû qu'il n'offroit pas d'en faire la preuve, ni de s'en rapporter au serment de ladite Pontier, prétendant seulement qu'attendu qu'il venoit dans les deux années depuis le contrat, cette demoiselle devoit elle-même prouver la numération, suivant les Loix 3 & 14, *cod. de non numeratâ pecuniâ*.

On tient aussi communément que le mari faisant quittance de plus grande somme qu'il n'a reçu en dot ou de ce qu'il n'a pas reçu, ou rendant après le contrat de mariage partie de la dot, ne peut pas après les dix années opposer l'exception *non numeratæ pecuniæ vel dotis*, ni déférer le serment là-dessus au constituant ou à sa femme, mais qu'il peut les obliger à jurer, quand il vient dans les dix ans : il est vrai qu'il fut donné un Arrêt, il y a quelques années, qui déchargea M. de Cambolas, Conseiller au Parlement, de jurer, sur ce que M. de Saget, Avocat général, prétendoit qu'il lui avoit promis verbalement une plus grande dot ; mais ce cas est particulier, puisqu'il s'agissoit d'augmenter une dot, sous prétexte d'une promesse verbale.

Au surplus, lorsqu'il s'agit d'une contre-lettre formelle à un contrat de mariage, faite & constatée par un acte fait à part, on peut en faire déclarer la nullité durant trente ans, quoique l'on vienne par voie d'action.

TITRE

TITRE XXIII.

De Oblgationibus ex conſenſu.

Conſenſu fiunt obligationes in emptionibus, &c.

TOUTES les obligations en France ſont valables par le ſeul conſentement des parties, ainſi que nous l'avons obſervé ci-devant ; de ſorte que ce qui eſt dit ici en particulier concernant la vente, le louage, les ſociétés, & le mandat, eſt commun parmi nous à toutes les autres conventions.

TITRE XXIV.

De Emptione & Venditione.

Sed hoc quidem de emptionibus & Venditionibus, quæ ſine ſcripturâ conſiſtunt.

LES achats & ventes peuvent ſe faire ſans écriture, auſſibien que par un écrit, ſoit privé ou public, & la vente eſt parfaite, dès que les parties ont convenu de la choſe & du prix, quoique le prix n'ait pas été compté ni la choſe délivrée, comme nous l'avons dit au Livre II. Titre premier, §. 41. Il n'eſt donc pas néceſſaire qu'un traité de vente ait été rédigé par écrit pour le rendre valable : car quoique les Ordonnances de nos Rois aient défendu d'admettre la preuve par témoins de toutes les choſes excédant la ſomme ou valeur de 100 liv. néanmoins ſi le traité peut être prouvé autrement, comme par l'aveu & la confeſſion des parties en Juſtice, elles peuvent être obligées à exécuter la convention, conformement à ce qui eſt dit dans la Loi 5, *cod. de tranſactionib. ſi de fide contractus confeſſione tuâ conſtet, ſcriptura quæ probationem rei geſtæ continere ſolet, non eſt neceſſaria*, & il n'y a proprement en France d'autre contrat que la donation entre-vifs, dans laquelle non ſeulement l'écriture, mais même le contrat public ſont requis, à peine de nullité, depuis l'Ordonnance des Donations du mois de février 1731.

In iis autem quæ ſcripturâ conficiuntur.

Quelquefois les parties ont intention de ne contracter & de ne vendre ou acheter que par écrit, & alors il eſt certain, comme dit ici l'Empereur, que la vente n'eſt point parfaite, & que l'on peut s'en départir impunement juſqu'à ce que le traité de vente, s'il ſe fait par écriture pri-

vée, ait été signé par les deux parties, & s'il se fait par acte public, jusqu'à ce qu'il ait été achevé en tous ses points, & signé par les parties, le Notaire & les témoins. *Leg.* 17, *cod. de fide instrument.*

Il arrive aussi quelquefois que bien de parties passent un traité de vente de main privée, leur intention est pourtant qu'il en soit fait un contrat public, & qu'autrement la vente ne soit pas valable; & ce cas est très-difficile à distinguer, si les parties ne s'en sont pas expliquées, d'avec celui où elles n'ont désiré le contrat pardevant Notaires & témoins, que pour une plus grande assurance ou authenticité de la vente, quoique d'ailleurs parfaite : dans le premier cas, on convient que la vente n'est pas parfaite ni irrévocable que le contrat public n'ait été passé, au lieu que dans le second elle est irrévocable avant même la passation du contrat public; mais dans le doute on présume toujours que les parties n'ont parlé de la rédaction de l'écrit privé de vente en acte public, que pour assurer plus authentiquement la preuve de la vente, sans entendre par-là donner aucune atteinte à sa perfection. On peut voir *Catellan*, *liv.* 5, *chap.* 4.

Emptor perdit quod dedit, venditor duplum restituere compellitur.

Il est ici parlé des erres qui se donnent quelquefois en matiere d'achats & de ventes. La dation ou réception des erres est une preuve le plus souvent de la perfection de la vente quoiqu'elles ne soient pas d'ailleurs nécessaires pour cette perfection, *quod arrhæ nomine datur, argumentum est emptionis & venditionis contractæ*, comme il est dit au commencement de ce Titre; ainsi ce qui est ajouté en cet endroit de la perte ou du doublement des erres, ne doit s'entendre que lorsqu'elles ont été données pour une promesse ou simple projet de vente, & pour une vente encore imparfaite, ainsi qu'il s'évince des termes de la Loi 17, *cod. de fide instrument.* comme il arrive encore *in locatione operarum promissâ* : car autrement, & s'il s'agit d'une vente qui se trouve déja parfaite *de præsenti*, par le consentement des parties, *super re & pretio*, il ne seroit pas juste qu'une telle vente pût être résolue, ou qu'on pût s'en départir en perdant ou en doublant les erres; mais au contraire on oblige alors celle des parties qui refuse, à exécuter la vente & à l'accomplir : *Boutaric*, *pag.* 474, *à la note marginale*, en rapporte un Arrêt.

§. 1. *Si autem ille qui nominatus est, vel noluerit vel non potuerit pretium definire, pro nihilo esse venditionem, &c.*

Le prix de la vente doit être certain, & c'est pourquoi il est dit ici que lorsque la fixation du prix a été mise à la disposition d'un tiers qui n'a pas pu ou voulu en faire l'estimation, la vente est nulle; & cela a été ainsi jugé par l'Arrêt que cite *Automne* sur la Loi 15, *cod. de contrah. empt.*

qui décida que l'acheteur d'un cheval, au dire d'une perſonne qui mourut avant d'en régler le prix, ne pouvoit contraindre le vendeur à convenir d'une autre perſonne pour faire cette eſtimation.

Que ſi l'eſtimation a été faite & le prix réglé par la perſonne qui a été choiſie, la vente eſt bonne, & vaut *omnimodò ſecundùm ejus æſtimationem*, comme il eſt dit dans ce paragraphe, d'où quelques Interprêtes ont conclu, qu'on ne pouvoit pas même en réclamer, quoique l'eſtimation fût tout-à-fait injuſte; cependant on trouve dans le *nouvel Albert* un Arrêt qui jugea qu'une vente ayant été faite au dire d'Experts, le vendeur pouvoit revenir contre leur eſtimation, & en demander une ſeconde à ſes frais, quoiqu'il n'y eût pas eu léſion d'outre moitié dans la premiere.

§. 2. *Item pretium in pecuniâ numeratâ conſiſtere debet.*

Régulierement le prix de la vente doit conſiſter en deniers ou argent monnoyé, autrement ce ſeroit plutôt un échange qu'une vente; mais ce n'eſt guere que par rapport aux lods ou droits ſeigneuriaux, ou par rapport au retrait lignager, qu'il peut être important de ſavoir ſi un acte doit être conſidéré comme une vente ou comme un échange, & l'on comprend qu'en échangeant un fonds avec des effets mobiliers qui peuvent facilement être revendus, il ſeroit aiſé de frauder le droit de lods ou de prélation qui dans pluſieurs lieux n'eſt pas dû au Seigneur pour les échanges & permutations, ou d'éviter le retrait lignager établi dans ce Reſſort pour le Quercy & le Rouergue, qui n'a pas lieu non plus en matiere d'échange.

Cette queſtion peut venir encore en matiere de léſion d'outre moitié du juſte prix: car le choix qui eſt donné à l'acheteur en matiere d'achat, de ſuppléer en ce cas le juſte prix, n'a pas lieu en fait d'échange; on n'y reçoit pas le ſupplément de juſte prix, mais le contrat d'échange eſt reſcindé, s'il y a léſion d'outre moitié; par cette raiſon que chacun des compermutans n'a pas eu intention d'avoir des deniers, mais ſeulement des choſes de valeur à peu-près égales à celles qu'il bailloit. *Vid. Maynard, livre 3, chapitre 59.*

§. 3. *Cùm venditio contracta ſit, periculum rei venditæ ſtatim ad emptorem pertinet, tametſi res emptori nondùm tradita ſit.*

On ſuit exactement dans l'uſage la déciſion de ce texte: car dès que la vente eſt parfaite, le péril ou la perte, le dépériſſement, ou l'augment & accroiſſement de la choſe vendue, regardent uniquement l'acheteur, quoique la choſe ne lui ait pas été délivrée & ſoit encore entre les mains du vendeur, à moins que celui-ci ne ſoit en faute ou en demeure, *vel cuſtodiam rei ſuſceperit*, car alors le péril ou la perte retomberoient ſur lui; on excepte ſeulement la vente ou achat des choſes qui conſiſtent en nombre, poids, ou meſure, lorſqu'elle a été faite, non à un ſeul prix pour le tout,

mais à certain prix pour chaque poids, nombre, ou mesure, qu'il se trouvera y avoir ; parce que cette vente n'est alors censée faite que sous condition, & n'est regardée comme parfaite qu'après que les choses vendues on été nombrées, pesées, ou mesurées, suivant la Loi 35, §. 5, *ff. de contrah. empt.* & la Loi 2, *cod. de pericul. & commod. rei venditæ.*

Utiquè tamen vindicationem rei & condictionem exhibere debebit emptori, &c.

Lorsque la vente est parfaite, le péril de la chose vendue regarde, disons-nous, l'acheteur, bien que la chose ne lui ait pas encore été délivrée, & qu'il n'en ait pas payé le prix, la perfection de la vente est suffisante pour cela, quoiqu'elle n'ait pas été encore exécutée ou consommée ; cependant, comme il est ajouté dans ce texte, on ne peut pas dire absolument, avant la tradition de la chose vendue, que l'acheteur en soit le véritable maître : & c'est pourquoi il est dit ici que c'est au vendeur que compete durant cet intervale l'action de vindication & de condiction, laquelle il est tenu de céder & de transporter à l'acheteur ; mais je ne vois pas que nos usages admettent ces subtilités & ce circuit : ainsi la maxime qui dit que *traditionibus & non pactis dominia rerum transferuntur*, devient encore assez inutile, soit parce que la tradition feinte ou civile, dont nous avons parlé ailleurs, suffit pour le transport de la propriété, soit parce que dans les contrats qui demeurent parfaits par la seule volonté & convention des parties, tels que la vente, la donation, & autres, on a sans difficulté une action, en vertu du traité, pour se faire délivrer la chose, lorsqu'elle ne l'a pas été.

§. 4. *Emptio tam sub conditione, quàm purè, contrahi potest.*

Il y a des ventes qui ne laissent pas d'être pures, simples & parfaites, quoiqu'elles puissent se résoudre sous condition, comme, par exemple, la vente qui est faite sous faculté de rachat, ou de reprendre les biens vendus, & celle qui est faite sous le pacte appellé en Droit pacte commissoire, savoir, qu'à faute de payement dans un certain délai, la vente sera pour non avenue & nulle ; & délà vient que les lods sont dûs tout d'abord de ces sortes de ventes, comme étant parfaites, quoiqu'il n'en soit point dû de leur résolution. *Vid. Graverol sur La Roche, des droits seigneuriaux, chap.* 38, *art.* 4.

On peut observer, en passant, au sujet de la faculté de rachat, qu'elle dure trente ans, à compter du jour de l'acte de vente, ou autre acte passé peu de tems après, dans lequel elle auroit été convenue, & cela, quand même elle n'auroit été stipulée que pour un moindre délai, suivant *Catellan, liv.* 7, *chap.* 3, mais aussi quand elle auroit été stipulée pour avoir lieu à perpétuité, elle se prescrit par trente années ; & s'il étoit convenu

que

que le vendeur ne pourroit uſer du rachat qu'après un certain tems, cette clauſe n'eſt pas regardée comme obligatoire, & n'empêche pas qu'il ne puiſſe exercer le rachat avant ledit terme, ſuivant le même Auteur, *livre* 5, *chapitre* 5.

Pour ce qui eſt du pacte commiſſoire, il a lieu, & eſt obſervé en fait des ventes & de locateries perpétuelles; il a même été jugé que le bailleur devoit rentrer dans la poſſeſſion de ſon fonds, & le reprendre, à faute de payement, dans un brief délai qu'on accorde pour purger la demeure, & cela ſans être obligé de le faire décréter, & ſans autres formalités: ainſi par un Arrêt du Parlement de Toulouſe du premier juillet 1737, il fut ordonné que le bail à locaterie perpétuele d'une Métairie, fait par le ſieur Dupuy au ſieur Regniez, demeureroit réſolu, faute de payement de la rente depuis deux années, ſauf ſi Regniez payoit les arrérages dans trois mois, paſſé lequel délai il fut permis au ſieur Dupuy de reprendre ſans autre formalité cette Métairie.

La même choſe fut jugée par un Arrêt du 9 ſeptembre 1743, rendu au rapport de M. Baſtard, dans cette eſpece: Teyſſier avoit baillé un fonds à locaterie à Delaiſe, avec clauſe qu'à défaut de payer la rente pendant deux années, il rentreroit dans ſon bien; le cas étant arrivé, il y eut un premier Arrêt qui condamna Delaiſe à délaiſſer le fonds, ſauf s'il payoit les arrérages de la rente dans un mois: cet Arrêt fut ſignifié, & faute de ſatisfaire au commandement, Teyſſier ſe fit mettre en poſſeſſion par un verbal d'Huiſſier; Delaiſe ayant voulu reprendre la poſſeſſion, & offert par acte le payement de ce qu'il devoit, Teyſſier demanda la réintégrande devant le Juge des Conventions de Nîmes, qui la lui accorda: le Sénéchal de Nîmes réforma ce Jugement; mais ſur l'appel le Parlement confirma la réintégrande en faveur de Teyſſier.

Au reſte, le pacte commiſſoire eſt réprouvé dans les contrats d'engagement, comme nous l'avons déja dit ci-devant ſur la fin du §. 4, du Titre *quibus modis re contrahitur obligatio.*

§. 5. *Loca ſacra, religioſa, item publica, ſuſtrà quis ſciens emit.*

Non ſeulement la vente ou l'aliénation des choſes qui ne ſont pas dans le commerce, eſt nulle & inutile, mais même les Communautés, ſoit eccléſiaſtiques, ou laïques, ne peuvent valablement vendre les biens qui leur appartiennent, qu'avec pluſieurs formalités, ſans leſquelles on ne ſauroit les acheter d'une maniere ſûre.

Les formalités ordinaires en cette matiere ſont la délibération & le conſentement de ceux qui y ſont intéreſſés; l'approbation du Supérieur ou de l'Evêque diocéſain, quand il s'agit d'un bien d'Egliſe; l'enquête *de commodo & incommodo*, après un Jugement ou Arrêt qui l'ait ordonnée: ca la cauſe, neceſſité, ou utilité de l'aliénation eſt un des points le plus à conſidérer;

la publication & proclamation des biens par affiches & encheres, d'autorité du Juge royal, après un Arrêt ou Jugement qui l'ait ordonné ; l'adjudication des biens faite en Juſtice au dernier ſurdiſant, ou autoriſée par un Jugement ou Arrêt : on exige même des Lettres-Patentes de permiſſion ou d'homologation du Roi, toutes les fois qu'il s'agit d'une aliénation importante ; mais lorſqu'il eſt queſtion d'une choſe de peu de valeur, ou d'un fonds onéreux, on ſe diſpenſe ſouvent de la plupart des formalités dont il vient d'être parlé.

Souvent auſſi outre les formalités ci-deſſus, l'acheteur deſdits biens eſt obligé de veiller à l'emploi de ſon argent, comme quand le bien eſt vendu pour payer d'anciennes dettes, ou pour faire des réparations, &c. & alors il doit retirer des quittances des créanciers ou des entrepreneurs, & juſtifier de l'emploi de ſes deniers : autrement il ſeroit expoſé à être recherché & à voir caſſer l'aliénation.

De plus, comme les emprunts faits par les Bénéficiers ſont des aliénations indirectes des biens de l'Egliſe, il y faut, pour la ſûreté du prêteur, la délibération des intéreſſés, l'approbation de l'Evêque ou Supérieur, la cauſe & légitimité de l'emprunt, & c'eſt à celui qui prête, de l'examiner & de prendre des quitances ou actes juſtificatifs de l'emploi de ſes deniers, pour être en état de le prouver, en cas de conteſtation.

Si deceptus à venditore quis emerit, habebit actionem ex empto.

Lorſqu'un acheteur ſe trouve évincé, il a droit de demander contre le vendeur ou ſes héritiers, non ſeulement la reſtitution du prix de ſon achat, mais même la pleine garantie, c'eſt-à-dire, ſes dommages & intérêts, qui conſiſtent en ce que la choſe évincée vaut au tems de l'éviction par deſſus le prix de l'achat.

Tous les contrats, de leur nature, portent même garantie, ſoit la vente, la ceſſion, l'échange, &c. encore qu'elle n'y ſoit ni exprimée ni réſervée ; car elle eſt due de droit & ſans ſtipulation. *Leg. non dubitatur, cod. de evinctionibus.*

Cependant quand on a acheté une choſe qu'on ſavoit n'appartenir pas au vendeur, on diſtingue : car ſi la garantie a été ſtipulée par l'acheteur, on lui accorde même ſes dommages & intérêts, & on ne les refuſe qu'à celui qui auroit acheté ſciemment d'un héritier grévé des biens ſubſtitués, les Loix ayant voulu favoriſer la conſervation des fidéicommis, & regardé cet achat comme une eſpece de fraude, *Leg.* 3, §. 4, *cod. communia, ff. de legatis* ; ſi au contraire la garantie n'a pas été par exprès ſtipulée par ledit acheteur, il ne peut prétendre aucuns dommages & intérêts, mais ſeulement la reſtitution du prix qu'il a payé, *Catellan, liv.* 5, *chap.* 7. Il y a néanmoins des Auteurs qui ſoutiennent que la connoiſſance que l'acheteur a eu par le contrat de vente, comme quoi la choſe n'appartenoit pas au

vendeur, le conſtitue toujours en mauvaiſe foi, ſoit qu'il s'agiſſe de l'achat des biens ſubſtitués, ou des biens dotaux, ou autres ; enſorte qu'il ne peut prétendre alors que la ſeule reſtitution du prix contre le vendeur, ſans aucuns dommages & intérêts, quoiqu'il eût ſtipulé expreſſément la garantie. *Vid. Vedel ſur Catellan, liv.* 5, *chap.* 7, *& chap.* 47, *in fine.*

Mais lorſqu'un acheteur, ſans être évincé, ſe trouve néanmoins trompé & léſé en la qualité de la choſe vendue; par exemple, quand on lui a vendu comme allodial ou libre, un fonds qui eſt ſujet à quelque cenſive ou rente, ou à quelque ſervitude cachée, il y a du doute s'il faut lui accorder ſeulement l'action de *quanti minoris*, ou de moins value du fonds vendu, ou bien s'il faut l'indemniſer pleinement, & lui accorder même l'action redhibitoire, qui conſiſte en la réſolution de la vente, par la préſomption que ſi cet acheteur avoit connu le vice du fonds, il ne l'auroit pas acheté : les anciens Arrêts prononçoient le plus ſouvent la réſolution de la vente; mais aujourd'hui on ſe contente d'adjuger à l'acheteur la moins value, à moins qu'il ne paroiſſe évidemment par les circonſtances que l'acheteur n'auroit pas acheté, *Vid. Dolive, liv.* 4, *chap.* 23; *Catellan, liv.* 3, *chap.* 18; *& Vedel, ibid.* & cela paroît dans le cas de la vente d'un domaine, dont une partie des poſſeſſions vient à être évincée : car l'acheteur peut alors faire réſoudre la vente pour le total, *eò quòd partem empturus non fuiſſet. Leg.* 47, §. 1, *ff. de minoribus.*

L'action redhibitoire n'a donc gueres lieu que dans la vente des choſes mobiliaires, encore alors faut-il la propoſer & agir peu de tems après la vente : *Albert, verb. marchands, art.* 4, parle d'un délai de quatre mois. *Duperier, liv.* 4, *queſt.* 10, *in fine*, dit auſſi que l'action redhibitoire, en fait de choſes mobiliaires, ne dure que ſix mois ; mais tout cela dépend des circonſtances.

Par un Arrêt du 7 août 1715, rendu en la Grand-Chambre du Parlement de Toulouſe, il fut jugé pour le ſieur Comte de Vezins, qui avoit vendu un mulet au nommé Albreſpy, muletier, au prix de 250 liv. que celui-ci n'étoit pas recevable après trente jours depuis cette vente, à la faire reſcinder, & à demander la reſtitution de ſon argent, ſous prétexte, diſoit-il, que le mulet étoit morveux; il eſt vrai que c'étoit un muletier qui auroit pu connoître mieux qu'un autre la qualité du mulet, & qu'il en avoit même fait trois voyages avant de former ſon action.

On peut obſerver, en finiſſant ce Titre, qu'il eſt libre à un des cohéritiers, ou autres perſonnes qui ont quelque fonds ou autres biens en commun, d'en aliéner, céder, ou vendre ſa portion avant le partage; ſoit à l'un de ſes conſorts, ſoit à un étranger, ſans que les autres conſorts aient droit de révoquer cette vente, en rembourſant l'acheteur du prix de ſon achat, *Leg.* 1 *& 4, cod. de commun. rerum alienat.* cependant ſi l'un de ceux qui ont des biens en commun, vendoit en entier un des fonds com-

muns, cette vente ne vaudroit tout au plus que pour sa portion dudit fonds, à moins qu'elle ne fût faite avec le consentement ou l'approbation des autres personniers, & ceux-ci pourroient révendiquer leurs portions de ce fonds des mains de l'acheteur. *Leg.* 1 *&* 2, *cod. eodem.*

Il en est autrement à l'égard d'un donateur, c'est-à-dire, qu'une personne qui auroit fait donation entre-vifs, de la moitié, par exemple, ou d'une autre portion de ses biens à un autre, peut, à cause de la faveur de sa qualité de donateur, vendre, aliéner, ou donner en entier à un tiers, un des fonds qui sont communs entre lui & le premier donataire, & celui-ci alors est tenu de se contenter d'être indemnisé sur l'autre portion des biens que le donateur s'étoit réservé, ensorte toutefois qu'il ne perde rien & soit sans intérêt, *Guypape, queſt*, 602; *&* *Maynard, liv.* 6, *chap.* 72, & néanmoins lorsqu'il arrive qu'un donateur, en faisant donation de ses biens, s'est réservé seulement de disposer d'une certaine somme sur lesdits biens donnés, il ne peut pas ensuite en vendre une partie pour le payement de ladite somme, & le donataire est en droit de déposséder l'acquéreur, en le rembourſant. *Maynard, ibid. chap.* 73.

TITRE XXV.

De Locatione & Conductione.

On sait assez que le louage ou bail à loyer est une convention par laquelle on baille à une personne pour un certain tems, l'usage ou les fruits & l'utilité de quelque chose à un certain prix; ainsi on baille à loyer ou à ferme les immeubles, soit fonds de terre, ou maisons, même les immeubles, & effets mobiliers : on peut même louer ses œuvres, son travail & son industrie, pour une certain tems, mais non pas à perpétuité ou à vie : car un tel traité seroit nul, comme sentant la servitude & l'esclavage.

Il est pourtant permis par l'article 7 du titre 34 de l'Ordonnance de 1667, aux Fermiers des terres & héritages situés à la campagne, de s'assujettir par les baux à la contrainte par corps pour le payement du prix de la ferme, & ils ne sont pas même alors reçus à faire cession de biens; parce qu'ils sont regardés comme coupables de vol, d'avoir diverti à leur profit les fruits de l'héritage, sans en avoir payé le prix au propriétaire, *Louet & Brodeau, lettre C. chap.* 57; mais s'il est libre à ces Fermiers de s'assujettir à la contrainte, il s'ensuit que quand la contrainte n'a pas été stipulée par le bail à ferme, elle n'a pas lieu, & ne sauroit être suppléé, jusques-là que, suivant les Auteurs, après le terms du bail expiré, & dans la réconduction tacite, la contrainte qui avoit été stipulée lors du bail, ne dure plus.

§. 2.

§. 2. *Neque locati neque conducti competit actio, verùm præscriptis verbis agendum est.*

Chaque action avoit son nom & sa formule particuliere dans le Droit Romain, comme nous le dirons dans la suite, voilà pourquoi il étoit nécessaire de savoir dans chaque affaire quelle étoit l'action à laquelle on devoit recourir; mais en France toutes les actions y sont les mêmes quant au nom & à la forme, & il suffit qu'elles soient intentées devant le Juge qui est compétent pour en connoître.

§. 3. *Lex Zenoniana lata est, quæ emphiteuzeos contractûs propriam statuit naturam, &c.*

Le terme d'emphitéose vient du grec, il signifie amélioration; & c'est en effet un contrat par lequel le propriétaire d'un héritage, d'un fonds, ou d'une maison, en céde à un tiers le domaine utile, à la charge par celui-ci de le méliorer, ou du moins de ne pas le détériorer, & de lui payer une rente ou redevance annuelle, en reconnoissance de la Seigneurie directe qu'il se réserve.

Ce bail à emphitéose ou sous une censive est différent du bail à fief, en ce qu'on ne peut bailler à fief qu'un fonds que l'on possede noblement, & exempt de tailles; au lieu que pour pouvoir bailler un fonds à emphitéose, il suffit de le posséder en franc-aleu, c'est-à-dire, indépendant de toute Seigneurie directe, quoiqu'il soit d'ailleurs rural & sujet au payedes tailles; mais ce n'est-là presque qu'une différence de nom, puisque les droits du bail à fief & du bail à cens ou à emphitéose sont à peu-près les mêmes.

Un bien noble étant baillé sous une rente ou censive, il devient même roturier & sujet à la taille, suivant la Déclaration du 9 octobre 1684, art. 10 & 14.

Aussi les fiefs sont-ils des biens nobles, tenus & possédés sous la condition de la foi & hommage envers le Seigneur qui les a originairement baillés, appellé pour ce sujet Seigneur féodal, *quasi à fide & fidelitate*, & ces possesseurs sont appellés vassaux ou sujets; d'où il résulte que la foi & l'hommage sont de l'essence du fief, qui de sa nature est noble, de même que gratuit, c'est-à-dire, sans rente ni censive, puisqu'autrement ce seroit une emphitéose ou un bail à cens; ainsi dans cette Province on confond improprement dans l'usage du discours, les mots de fiefs & d'emphitéose, d'emphitéote & de vassal: il y a pourtant des fiefs où quelquefois le vassal, outre l'hommage & le serment de fidélité, doit encore quelque prestation honorable, comme des gans, une lance, des épérons, &c.

Le contrat d'emphitéose est susceptible de toutes les conventions qu'il plaît aux parties d'y inférer, comme il est dit dans ce paragraphe; les Loix

Romains au titre du Code, *de jure emphiteutico*, y en ſuppléoient même trois en défaut de convention contraire.

La premiere, qui eſt la ſeule obſervée parmi nous, conſiſte en ce que non ſeulement l'emphitéote eſt toujours ſoumis au payement de l'entiere rente, quand même tous les fruits ſe trouveroient abſorbés par des cas fortuits; mais que la perte même ou dépériſſement du fonds en partie ne le déchargent point du payement de la rente en entier, à moins qu'elle n'eût été établie à tant par arpent, ou par ſeptérée, ou meſure de terre; il n'y a que la perte totale du fonds qui l'exempte de payer la rente à laquelle il s'eſt ſoumis.

La ſeconde conſiſte en ce que ſi l'emphitéote laiſſe écouler trois ans ſans payer la redevance à laquelle il eſt aſſujetti, il perd l'héritage baillé à emphitéoſe, & le Seigneur en profite; mais cela n'eſt pas obſervé en France, ni dans le bail emphitéotique, ni dans le bail à fief, quand même la choſe auroit été ainſi ſtipulée, cette ſtipulation n'étant regardée que comme comminatoire, & l'emphitéote ou le vaſſal ne pouvant être dépoſſédés que par les voies de la Juſtice. *La Roche & Graverol, des droits Seigneuriaux, chap.* 19, *art.* 4; *Catellan & Vedel, liv.* 3, *chap.* 7.

La troiſieme eſt que l'emphitéote ou le vaſſal ne peut pas vendre le fonds ſans en avertir le Seigneur, & lui dénoncer le prix de la vente, à peine de perte du fief, ce qui n'eſt pas non plus obſervé dans ce Royaume, *Boiſſieu, traité des fiefs, chap.* 45, car le Seigneur a tout au plus le droit de prendre les lods de la vente, ſuivant qu'ils ſont fixés par le bail ou par la Coutume, leſquels il peut demander durant trente ans, à compter du jour du contrat de vente, ſoit qu'il lui ait été notifié, ou non, *Graverol ſur La Roche, des droits Seigneuriaux, chap.* 38, *art.* 9; ou bien il peut prendre & rétraire par droit de prélation les biens que l'emphitéote ou le vaſſal a vendus, & ce durant trente ans depuis le jour de la vente, ou dans une année depuis le jour que la vente lui a été notifiée par écrit & par un acte ſignifié. *Catellan & Vedel, liv.* 3, *chap.* 10; *Ferrieres, in quæſt.* 411 *de Gypap.*

Hors le cas de cette ſignification, il n'y a que le laps de trente ans ou le payement des lods qui puiſſe exclure le Seigneur du retrait. Il y a un Arrêt de ce Parlement du mois de ſeptembre 1711, qui jugea que le Seigneur qui avoit demandé les lods, & plaidé ſur cette demande pendant plus de trente ans, l'emphitéote refuſant de le reconnoître, ne pouvoit pas enſuite demander le retrait, que ce droit étoit preſcrit, & qu'il étoit obligé de s'en tenir à la demande des lods, quoique l'emphitéote n'eût jamais offert de les payer,

Il y a un autre Arrêt du 5 juin 1720, rendu après partage, qui a jugé que le Seigneur pouvoit demander le retrait quelque mois après avoir aſſigné l'acquéreur en payement des lods, quoique le Seigneur eût lui-même

dans le cours du procès communiqué le contrat de vente ; & enfin il y a un troisieme Arrêt du 10 juillet 1732, qui a jugé que le Seigneur pouvoit demander à rétraire, quoiqu'il eût offert de prendre les lods, tandis que cette offre n'avoit pas été acceptée par l'emphitéote.

Il y a un contrat que nous appellons bail à loyer à perpétuité, & qui est différent du bail à emphitéose, en ce que pour bailler un fonds à emphitéose ou à cens, il faut en avoir la pleine propriété, c'est-à-dire, le posséder allodialement & indépendamment de toute Seigneurie directe, au lieu que pour le bailler à titre de loyer perpétuel, il suffit d'en avoir le domaine utile. *Catellan, liv. 3, chap. 41.*

Le bail à loyer à perpétuité ne transporte point la propriété, & c'est pourquoi il n'est pas dû des lods au Seigneur de ce contrat, à moins qu'il n'y eût eu quelque argent baillé pour droit d'entrée, ou autrement, car alors les lods seroient dûs à concurrence de la somme payée, *Graverol sur La Roche, des droits Seigneuriaux, chap. 38, art. 2.* Il est dû aussi des lods au Seigneur, tant de la vente du fonds ou subrogation faite par le preneur à son bail à loyer, que de la vente de la rente que le bailleur à loyer perpétuel s'est réservée sur le fonds, *Dolive, liv. 2, chap. 15 ; & Graverol, ibid.* & il lui en est pareillement dû du rachat que le locataire fait de la rente établie par le bail à loyer perpétuel, *Catellan, liv. 3, chap. 17* ; le Seigneur même est en droit de demander tout d'abord les dols du rachat qui a été stipulé *certo pretio* dans le bail par locataire perpétuel, ou même le retrait, & cela, sans attendre que le rachat soit fait ou exercé : la question a été ainsi jugée par plusieurs Arrêts. *Vid. Brodeau sur Louet, lettre L. chap. 15 & 18.*

§. 4. *Si cum aurifice Titius convenerit, ut is ex auro suo annulos ei faceret, placuit emptionem & venditionem contrahi.*

Il paroît d'abord plus curieux qu'utile de savoir si le contrat ou le traité dont il est ici parlé, est un contrat de vente plutôt que de louage ; cependant cette question n'est pas indifférente, par rapport aux conséquences & à la lésion d'outre moitié qui peut s'y rencontrer : car si c'est une vente, elle peut être rescindée par la lésion d'outre moitié ; au lieu que si c'est un louage, la lésion d'outre moitié n'y peut pas avoir lieu. L'Empereur décide ici que c'est une vente ; parce que l'Artisan devoit fournir la matiere *de suo*, & qu'autrement ce ne seroit qu'un louage. C'est aussi sur le fondement de ce texte, qu'on a jugé, selon les Arrêts de *Dolive, liv. 4, chap. 12*, qu'un Maçon ou Architecte pouvoit être restitué par la lésion doutre moitié envers un contrat de prix fait pour la construction d'un bâtiment, s'étant obligé de fournir les matériaux outre son travail, & cela ne paroît pas contraire aux Arrêts rapportés par *Cambalas, liv. 3, chap. 18* ; & dans *le nouvel Albert, lettre L. chap. 14*, où il s'agissoit d'entreprises pour des

ouvrages publics délivrés à la moins dite ; cependant en matiere même d'adjudications des ouvrages publics délivrés à la moins dite, l'entrepreneur ou ouvrier peut être reſtitué, ſuivant le Préſident *Faber*, *cod. lib.* 4, *titr.* 30, *definit.* 4, lorſque la léſion eſt énorme & beaucoup au-délà de la moitié du juſte prix, quoiqu'il ne s'agiſſe que d'un louage plutôt que d'une vente : ce qui eſt encore plus juſte, lorſque l'ouvrier eſt obligé de fournir les matériaux, outre ſa main & ſon travail ; & c'eſt à cela, je penſe, qu'il faut s'en tenir.

§. *Ab eo cuſtodia talis deſideratur, qualem diligentiſſimus pater-familias ſuis rebus adhibet.*

Non ſeulement le locataire ou fermier eſt obligé d'exécuter entierement les termes de ſon bail, mais même s'il y avoit été omis quelque choſe d'eſſentiel, il ne doit pas laiſſer d'y ſatisfaire, comme il eſt dit dans ce paragraphe ; & au ſurplus, on exige de lui, à l'égard de la choſe louée, la même vigilange & le même ſoin qu'un bon pere de famille y apporteroit, faute de quoi il eſt reſponſable du dommage qui y peut ſurvenir, & n'eſt exempt que des cas fortuits.

De-la vient qu'un locataire eſt tenu auſſi de l'incendie de la maiſon qu'il a pris à louage & qu'il occupe, & la Loi 3, §. 4, *ff. de offic. præfect. vigil.* décide même que l'incendie eſt toujours cenſé arriver par ſa faute ou celle de ſes gens, & qu'il en eſt parconſéquent reſponſable, s'il n'eſt en état de prouver que l'incendie eſt ſurvenu par un cas purement fortuit, & autrement que par ſa négligence, ou que le feu eſt venu d'ailleurs. *Catellan*, *liv.* 5, *chap.* 3 ; *Albert*, *verb. incendie*, *art.* 1.

Le maître eſt pareillement reſponſable de l'incendie cauſé dans une maiſon étrangere, ſoit par lui, ou par ſon domeſtique qui y étoit avec lui, ſuivant l'Arrêt rapporté dans le *Journal des Audiences*, *tom* 2, *liv.* 5, *chap.* 9, & comme il fut jugé par un Arrêt du Parlement de Toulouſe du mois d'avril 1725, dans un procès où j'avois écrit contre le ſieur Mahieu de la ville de Beziers, dont le valet avoit mis imprudemment le feu à l'appartemnt qu'il occupoit dans le logis du Cygne à Montpellier.

Il a été même par un Arrêt du même Parlement du mois d'août 1708, au rapport de M. de Burta, que deux particuliers ayant loué conjointement par le même acte une maiſon, ſans l'avoir diviſée dans cet acte, bien que ſans clauſe de ſolidité, & une partie de ladite maiſon ayant été brûlée par la faute de l'un d'eux, ils étoient l'un & l'autre reſponſables des dommages cauſés par cet incendie, comme co-locataires & coobligés.

Un locataire eſt auſſi reſponſable de l'incendie ou de la démolition & ruine de la maiſon louée, lorſque ces accidens ſont ſurvenus à raiſon des inimitiés qu'l y avoit contre lui. *Catellan*, *dict. loc. in fine.*

Le locataire de la maiſon incendiée eſt encore tenu des dommages cauſés

sés par l'incendie aux maisons voisines, tout comme il l'est envers le propriétaire de celle qu'il habitoit; mais lorsque ce locataire se trouve insolvable, les propriétaires desdites maisons voisines n'ont pas de recours à exercer contre le propriétaire de la maison où le feu a commencé, à moins qu'il n'y eût de la faute de la part de ce propriétaire, comme si le feu étoit survenu faute par lui d'avoir fait les réparations à la maison ou au four qu'il avoit donné à loyer, suivant l'Arrêt rapporté par *Boutaric* en cet endroit.

Le locataire est également tenu des dommages, quoiqu'il eût reloué la maison à un autre, & qu'il ne l'habitât pas, & le propriétaire peut s'en prendre directement à lui.

Du reste, ceux dont les maisons ont été abattues par nécessité, afin d'arrêter le progrès du feu, n'ont aucun recours ni dommages à prétendre contre ceux dont les maisons ont été conservées par le moyen de cette démolition, quand même ce seroit ceux-ci qui auroient fait la démolition, principalement si elle a été faite par autorité des Magistrats & Officiers de Justice ou de Police. *Leg.* 49, *ff. ad Legem Aquiliam*, & *Leg.* 3, §. 7, *ff. de incendio.*

§. 6. *Mortuo conductore intrà tempora conductionis, hæres ejus eodem jure in conductione succedit.*

Les héritiers ou successeurs universels, soit du locateur, soit du locataire ou fermier, succédent au bail à loyer, & sont, tout comme leurs auteurs, obligés d'entretenir le bail dont le terme n'est pas encore expiré, *Leg.* 10, *cod. de locato*; le bail subsiste même après la mort du locateur, non seulement lorsque celui qui l'a fait, étoit propriétaire absolu de la chose baillée à ferme ou à loyer, mais même quelquefois lorsqu'il n'en avoit que l'usufruit & la jouissance; ainsi das la plupart des Coutumes les femmes sont obligées d'entretenir les baux consentis par leurs maris de leurs biens dotaux, & suivant le Droit elles y doivent être aussi obligées, *arg. Leg.* 25, §. *si vir*, *ff. soluto matrim.* n'en étant pas du bail passé par un mari, comme il en est du bail passé par un simple usufruitier, dont il est parlé dans la Loi, *si quis domùm* 9, §. 1, *ff. locati*, ou du moins si la femme veut expulser le fermier, elle doit l'indemniser entiérement; ainsi les pupilles & les mineurs sont tenus, après l'administration finie, d'entretenir les baux passés par leurs tuteurs ou curateurs, le tout, pourvu qu'ils ne soient pas passés pour trop longues années, ou à vil prix & en fraude; ainsi les Bénéficiers qui succédent au bénéfice par résignation, sont obligés d'entretenir les baux passés par le résignant, quoiqu'il en soit autrement de ceux qui sont pourvus du Bénéfice par mort ou sur démission pure & simple, *Catellan & Vedel, liv.* 5, *ch.* 63; mais hors de-là les successeurs du locateur à titre particulier, comme par achat, legs, donation, ou autrement, ne sont pas obli-

gés d'entretenir les baux à loyer passés par leur devancier pour le tems qui reste à courir, *Catellan & Vedel*, *ibid.* & pour ce qui est du substitué, on tient communément qu'il y est obligé, *Vedel*, *dict. loc.*

Tous successeurs, soit à titre universel ou particulier, peuvent néanmoins, s'ils le veulent, obliger les locataires ou fermiers, ou leurs héritiers, à exécuter les baux jusqu'à la fin, *Leg.* 9, *& Leg.* 11, *cod. de locato*, par cette raison, que la résolution du bail n'a été introduite en faveur de certains successeurs du locateur, que pour leur intérêt particulier, & que le locataire qui jouit de la chose louée, n'a aucun intérêt quel en soit le propriétaire.

Suivant ce que nous venons de dire, la vente rompt le louage ou ferme, puisque l'acheteur de la chose louée n'est pas obligé d'en entretenir le bail; ce qui s'entend non seulement de la vente ou aliénation du fonds baillé à loyer, *Leg.* 25, §. 1, *ff. locati*, *Leg.* 9, *cod. de locato*, mais même de la vente des fruits du fonds loué ou affermé, faite pour quelques années, sur-tout s'il s'agit des baux à ferme des biens de la campagne, *Vid. Catellan & Vedel*, *liv.* 5, *chap.* 44; cela est du moins sans difficulté à l'égard du bail à loyer à perpétuité, car il rompt le bail à tems; & je l'ai vu juger ainsi par un Arrêt rendu en la Grand-Chambre du Parlement de Toulouse du 12 mars 1726, entre le sieur Lespinasse, Marchand, & les Peres Trinitaires de ladite ville, qui après avoir baillé à loyer pour six années audit sieur Lespinasse une maison leur appartenant, en avoient deux années ensuite passé un bail à loyer perpétuel avec les formalités accoutumées en faveur de la veuve du sieur Passet, Marchand; la Cour jugea que ce dernier bail avoit rompu le premier, & adjugea seulement audit Lespinasse 400 livres pour ses dommages & intérêts, payables avant qu'il pût être contraint de vuider la maison dont il étoit question.

Toutes les fois en effet que par la vente ou autre aliénation quelle qu'elle soit, le bail à loyer ou à ferme se trouve résolu, le locataire ou fermier est en droit de demander ses dommages & intérêts contre le locateur ou ses héritiers, *Leg.* 33, *ff. locati*: car il est juste que quand le locataire est privé de sa jouissance par le fait ou la faute du vendeur, non seulement il soit déchargé des loyers du tems qu'il n'a pu jouir, lesquels il ne doit même pas, quoique la non jouissance soit causée par un cas purement fortuit, mais qu'il obtienne encore son indemnité; c'est pourquoi le locateur qui vient à vendre ou à aliéner la chose louée pendant le bail, a ordinairement la précaution de se décharger sur l'acquéreur des dommages & intérêts dûs au locataire, si ledit acquéreur veut l'expulser.

Ces dommages & intérêts se reglent arbitrairement, selon la qualité & profession du locataire, & eu égard au tems qui reste à courir du bail, *Brodeau sur Louet*, *lettre L. chap.* 4; & lorsque le locataire a un contrat public qui lui donne hypotheque, il ne peut pas même être expulsé

juſqu'à ce que ſes dommages & intérêts lui aient été payés par le vendeur ou par l'acheteur, ayant juſqu'alors droit de retention, ainſi qu'il a été jugé par l'Arrêt dont je viens de parler, au lieu que s'il n'a qu'un acte privé de bail, n'ayant alors aucune hypotheque, il n'a pas ce droit de rétention. *Vid. Guypape & Ferrieres, quæſt.* 480.

On peut encore obſerver à l'égard du bail à loyer des maiſons, que le propriétaire peut en expulſer le locataire, ſans être même tenu ordinairement envers lui d'aucuns dommages, & rompre ainſi ſon bail, lorſqu'il veut y habiter lui-même, & que cette habitation lui devient abſolument néceſſaire, *ſi eam domum propriis uſibus neceſſariam demonſtraverit*, ſuivant la Loi 3 *cod. de locato*, comme pour un cas imprévu de mariage, de quelque dignité acquiſe, ou pour quelqu'autre cauſe ſemblable. *Vid. Louet & Brodeau, lettre L. chap.* 4; *Pereſius, cod. lib.* 4, *tit.* 65, *n.* 32.

Nous pouvons remarquer en outre, que les fermiers obtiennent diminution ou rabais de leur ferme, & doivent être indemniſés par le propriétaire des biens, toutes les fois que par quelque cas fortuit & extraordinaire ils n'ont pu jouir de l'effet de leurs baux, comme en cas de guerre, peſte, ſtérilité, ſéchereſſe, inondation, & autres ſemblables, & cette diminution ſe fait au dire d'Experts, eu égard au cas fortuit & au *pro ratâ* du dommage, pourvu néanmoins qu'il y ait eu une notable perte des fruits, *ſi pluſquàm tolerabile eſt, læſi fuerint fructus, Leg.* 25, §. 6, *ff. locati*; bien plus, la renonciation même générale du fermier à tous cas fortuits, ne le prive pas d'obtenir ſon indemnité, cette renonciation étant, par un motif d'équité, regardée comme inutilep our tous les cas extraordinaires qui arrivent *præter morem & conſuetudinem tempeſtatis, Graverol ſur la Roche, l.* 1, *tit.* 4, *ver. affermes*; on ne peut pas non plus obliger le fermier d'attendre la fin du bail pour demander ſon indemnité, mais il eſt en droit de la demander en quelque année que ce ſoit où il arrive un cas fortuit, & l'on n'a jamais obſervé au Parlement de Toulouſe la Loi 15, §. 4, *ff. locati*, ni la Loi *licèt certis, cod. de locato*, qui veulent que le fermier qui a ſouffert en une année quelque cas fortuit, ne puiſſe en demander l'indemnité, lorſqu'il s'en trouve récompenſé par l'abondance des années précédentes ou poſtérieures.

Enfin, on peut obſerver que, ſuivant les Ordonnances & Arrêts de Réglement, les Communautés, ſoit eccléſiaſtiques, ou laïques, Chapitres, Colleges, & autres, ne peuvent paſſer des baux à ferme de leurs biens qu'après des publications, affiches & encheres, & en faveur du dernier ſurdiſant; cela réſulte de l'Ordonnance de 1568, de celle de Blois, art. 79, & de la Déclaration du 12 décembre 1698, rendue au ſujet de l'adminiſtration des Hôpitaux, art. 12.

Ces baux à ferme ne peuvent même être paſſés que pour trois années, & non au-delà, ſuivant la Juriſprudence du Parlement de Toulouſe, qui, lorſqu'ils ont été faits pour plus long-tems, les laiſſe pourtant ſubſiſter pour

leſdites trois années, *Graverol ſur La Roche*, *liv.* 1, *verb. affermes*, *art.* 1, quoiqu'au Parlement de Paris, & ailleurs, on juge que leſdits baux peuvent être faits pour le terme de neuf années, dont parlent les Ordonnances déja citées.

Et il eſt encore plus expreſſément défendu de paſſer leſdits baux par anticipation, c'eſt-à-dire, plus de ſix mois avant que le précédent bail ſoit expiré; il n'y a que les terres & domaines de la campagne dont on tolere que les baux ſoient paſſés une année ou une année & demie d'avance, parce qu'il faut donner du tems aux nouveaux fermiers pour ſe diſpoſer à cultiver les terres. *Louet & Brodeau*, *lettre B. chap.* 5.

S'il ne s'agit pas néanmoins des biens d'un Chapitre, Confrérie, College, &c. mais d'un ſimple bénéficier qui ne forme point de Communauté, tel qu'un Abbé, un Curé, ou autre, il n'eſt point néceſſaire qu'il obſerve dans les baux à ferme qu'il fait des biens & revenus de ſon Bénéfice, ni affiches, ni encheres, ni autres ſolemnités, & les tiercemens ne peuvent pas non plus y être reçus, cela eſt trivial : ils peuvent donc paſſer le bail de leurs fruits, de la maniere & au prix qu'ils veulent, ſans formalités; d'autant plus que ſi leſdits Bénéficiers viennent à mourir, les fermiers ſont expulſés par le nouveau Bénéficier pour les années ſuivantes, & même pour la premiere année, lorſqu'ils n'ont rien perçu : ce qui n'arrive pas à l'égard des Chapitres & Communautés qui ne meurent jamais, & qui ſont regardés d'ailleurs comme des pupilles & des mineurs dont l'intérêt eſt public.

Il y a diverſes Déclarations du Roi, & entr'autres, des années 1696, 1699, 1708 & 1719, qui ont défendu aux Gens d'Egliſe, Communautés, Colleges, & autres Gens de Main-morte, ſans exception, de paſſer des baux à ferme de leurs biens & revenus, autrement que par un contrat public & pardevant Notaires.

TITRE XXVI.

De Societate.

Societatem coire ſolemus, aut totorum bonorum, aut alicujus negociationis.

IL y a pluſieurs eſpeces de ſociété : premierement, les ſociétés univerſelles de tous les biens, dont il eſt parlé dans la Loi 1, & la Loi 52, §. 16, *ff. pro ſocio*; mais on en voit rarement de cette eſpece.

En ſecond lieu, il y a la ſociété libre ou collective, qu'on appelle auſſi générale, & qui ſe fait entre deux ou pluſieurs perſonnes pour commencer ſous le nom de tous les aſſociés : dans cette ſociété chacun des aſſociés

ciés ou de ceux d'entreux qui ont été choisis pour agir & traiter, oblige indéfiniment tous les autres aux affaires de la société, en s'obligeant lui-même, pourvu qu'il traite nommément au nom de la compagnie, ce qu'il est censé faire, lorsqu'après son seing il met ces termes, *& compagnie*, comme nous le dirons ci-après.

En troisieme lieu, il y a la société en commendite, dans laquelle il entre un ou plusieurs associés qui ne font qu'y mettre un certain fonds ou argent, sans faire aucune fonction de négoce, ni paroître au dehors, & on les appelle, associés en commendite : les autres associés y mettent ou leur industrie seulement, ou leur industrie avec quelque fonds ou argent, pour faire le commerce dont on est convenu, & ce sont ceux-ci seulement qui agissent & font le commerce en leur nom propre. Toutes personnes, de quelque qualité quelles soient, même les plus nobles, peuvent entrer en commendite dans une société ; ce qui est même utile au public par rapport à la circulation de l'argent, & chacun des associés en commendite, suivant l'article 8 du titre 2 de l'Ordonnance de 1673, n'est jamais obligé qu'à concurrence du fonds qu'il a apporté dans la société : car comme les associés en commendit ne font aucune fonction d'associé, & que ce n'est pas avec eux que l'on contracte, les créanciers de la société ne sauroient se plaindre en effet, si, en cas de faillite, ces associés ne sont tenus seulement qu'à concurrence de leur fonds, & non indéfiniment, comme le sont les associés qui ont paru & agi en cette qualité, & avec lesquels ils ont contracté.

Il y a enfin d'autres sociétés qu'on appelle anonymes, parce que ce ne sont pas des sociétés proprement dites, comme lorsque des personnes travaillent, chacun de leur côté sous leurs noms particuliers, pour se rendre raison ensuite l'un l'autre, suivant leur convention, des profits & pertes qu'ils auront faits dans leur négociation; ou bien lorsque deux ou plusieurs négocians se trouvant dans une Foire pour faire emplette de mêmes marchandises, s'accordent, pour ne pas les encherir, de les acheter pour le compte de tous par l'un d'entr'eux ou par un tiers, & cette derniere espece de société dont il est parlé dans la Loi 33, *ff. pro socio*, s'appelle aussi momentanée, parce qu'elle ne dure qu'autant de tems qu'il en faut pour acheter & partager ensuite ces marchandises.

L'Ordonnance de 1673, titr. 4, art. 1, a ordonné que toutes les sociétés, soit générales & libres, soit en commendite, fussent rédigées par écrit, ou pardevant Notaire, ou sous signature privée, défendant de recevoir la preuve par témoins des actes de société, ou de tout ce qui peut y avoir du rapport, quand même il s'agiroit de plus de 100 liv. & en effet dans les Jurisdictions même Consulaires on ne peut permettre tout au plus la preuve vocale des sociétés qu'à l'égard de ces sociétés momenta-

nées, dont il vient d'être parlé, ou des autres sociétés tacites, qui ne sont pas à proprement parler, des sociétés.

Cette Ordonnance au même titre, art. 2, a voulu aussi que les actes de société fussent régistrés au Greffe de la Juriſdiction Consulaire du lieu, lorsqu'il y en a, sinon au Greffe de l'Hôtel-de-Ville, & que l'extrait en fût inséré ensuite dans un tableau exposé en lieu public, à peine de nullité; mais rien de tout cela n'est observé aujourd'hui : ensorte que les sociétés, quoique non régistrées ni publiées n'en sont pas moins valables, tant entre les associés ou leurs héritiers, qu'à légard de leurs créanciers.

Cet enrégistrement & publication avoient été ordonnés principalement par rapport au public, & parce qu'il importe de connoître le nom, la qualité & la fortune des associés, les clauses extraordinaires qu'il peut y avoir dans une société pour la signature des obligations, &c. la durée & la fin de la société, &c. cependant c'est aux créanciers, quand ils contractent, à s'enquérir de toutes ces choses, s'ils le trouvent à propos; & quoi qu'il en soit, l'usage qui élude souvent les plus sages dispositions, est de n'enrégistrer & de ne publier aucune sorte d'acte de société.

§. 1. *Si expressæ fuerint partes lucri & damni, hæ servari debent.*

Les quotités du profit & de la perte dans les sociétés peuvent être stipulées égales ou inégales entre les associés, tout comme ils peuvent aussi convenir qu'ils contribueront inégalement envers la société, soit pour l'argent, le travail, ou l'industrie : ainsi il peut être convenu entr'eux que les uns fourniront à la société une plus grande somme que les autres, ou même qu'ils ne fourniront aucun argent, & que cependant le profit sera partagé, comme aussi que l'un aura double part au profit & simple part à la perte, ou que même il participera au profit, sans être tenu de contribuer à la perte, & la raison de tout cela est prise de ce que, comme il est dit dans le §. 2, de ce Titre, *sæpè quorumdam ita pretiosa est opera in societate, ut eos justum sit meliore conditione admitti*; mais il ne peut pas être stipulé que l'un des associés aura tout le profit & l'autre toute la perte : car alors ce seroit la société du lion de la Fable, qu'on appelle aussi par cette raison une société léonine, qui est rejettée, & condamnée par les Loix & par l'équité. *Leg.* 29, *ff. pro socio.*

§. 2. *Solùm quod supereſt, intelligitur lucro esse.*

On ne doit réputer gain que ce qui reste, déduction faite de toutes les pertes & dépenses; & on n'entend aussi par perte que ce qui manque, imputation faite de tous les gains & profits. *Leg.* 30, *ff. eodem.*

§. 4. *Si quis callidé in hoc renunciaverit societati.*

Un des associés peut se départir de la société malgré les autres, *quia*

nemo cogitur invitus in ſocietate permanere, *Leg. ult. cod. commun. divid.* mais il faut qu'il n'y ait ni dol ni fraude de la part de celui qui veut renoncer à la ſociété, qu'il notifie & ſignifie ſa renonciation aux autres aſſociés, & que cette renonciation vienne dans un tems opportun & non incommode, enſorte qu'elle ne puiſſe porter aucun préjudice aux affaires de la ſociété : autrement le renonçant ſeroit tenu aux dommages & intérêts envers ſes aſſociés. *Leg.* 14, *Leg.* 17, §. *ult. & Leg.* 65, §. 3, *ff. pro ſocio.*

§. 5. *Solvitur ſocietas morte unius ſocii, etſi plures ſuperſint, niſi aliter convenerit.*

Non ſeulement la ſociété finit & ſe diſſout, lorſque le tems pendant lequel elle devoit durer, eſt expiré, ou que le trafic pour lequel elle avoit été faite, a pris fin, *Leg.* 65, §. 5 & 6, *ff. pro ſocio* ; mais elle finit auſſi & ſe diſſout par la mort d'un ſeul des aſſociés, ſi ce n'eſt qu'il eût été convenu qu'elle ſubſiſteroit entre les aſſociés ſurvivans malgré la mort de l'un d'eux, comme il eſt dit dans le préſent texte, ou qu'indépendamment de cette convention les aſſociés ſurvivans ne veuillent continuer entr'eux la ſociété ; ce qui peut ſe faire, ou expreſſément, ou même tacitement, comme quand ils continuent le même commerce, ſoit après la mort d'un d'entr'eux, ſoit après que le terme de la ſociété eſt expiré : car la même ſociété eſt alors renouvellée par une convention tacite & de fait entre leſdits aſſociés, *quia ſocietas re contrahi poteſt.*

Et la raiſon pour laquelle hors de ces deux cas la ſociété finit par la mort d'un des aſſociés, conſiſte, comme il eſt dit ici, en ce que le choix des perſonnes eſt ce qu'il y a de principal dans les ſociétés ; qu'on ne s'aſſocieroit pas le plus ſouvent avec une telle ou telle perſonne, ſi une autre n'entroit auſſi dans la ſociété ; & qu'en un mot les ſociétés ne ſe ſoutiennent le plus ſouvent que par le crédit ou par l'induſtrie d'un d'entre les aſſociés.

2°. Après la mort d'un des aſſociés, la ſociété ne ſubſiſte pas non plus entre les aſſociés qui lui ſurvivent & les héritiers ou ſucceſſeurs de l'aſſocié décédé ; ce qui a même lieu, quand le contraire auroit été convenu dans l'acte de la ſociété, & qu'il y auroit été dit que l'un des aſſociés venant à mourir, la ſociété ſeroit continuée avec ſon héritier : car cette convention eſt inutile & nulle, par cette raiſon que l'une des choſes les plus eſſentielles à la ſociété eſt le choix des perſonnes ; quoique du reſte des aſſociés puiſſent convenir, comme nous l'avons remarqué, que ſi l'un d'eux vient à mourir, la ſociété ſubſiſtera entre les ſurvivans.

Les aſſociés ſurvivans ne ſont donc jamais obligés de continuer la ſociété avec les héritiers d'un aſſocié décédé ; cependant ils peuvent auſſi la continuer, s'ils veulent, avec leſdits héritiers, quoiqu'on ne puiſſe pas les y forcer, & ils peuvent le faire, ſoit expreſſément, ſoit tacitement, en con-

tinuant avec les héritiers le même commerce, ſans demander la diſſolution ni le partage, ce qui eſt, à proprement parler, une nouvelle ſociété : car il faut que les héritiers ſoient même dans l'état où ils devroient être pour commencer une ſociété, c'eſt-à-dire, qu'ils ne ſoient pas pupilles, ni dans les premieres années de leur minorité.

Ce que nous avons dit, que la ſociété ne ſe continue pas avec les héritiers de l'aſſocié décédé, n'empêche pas pourtant que leſdits héritiers ne ſoient obligés de parachever ce qui avoit été fait avec le défunt, & qu'ils ne participent tant aux gains & profits qu'aux pertes qu'il y avoit eu pendant ſa vie, & même aux profits & pertes qui ſont arrivés depuis ſa mort, pour ce qui dépend de ce qui avoit été fait de ſon vivant.

On excepte au ſurplus de la regle, qui veut que les ſociétés ne ſe continuent pas avec les héritiers de l'aſſocié décédé, les ſociétés contractées pour les fermes publiques, & les ſociétés contractées pour l'achat ou le louage & ferme particuliere de certaine choſe; mais ce ne ſont pas là des ſociétés proprement dites : car les aſſociés à une ferme publique ou particuliere, ou à l'achat de quelque choſe, doivent être plutôt regardés comme des ſimples acheteurs, locataires, ou fermiers, que comme des aſſociés; enſorte que ces achats ou fermes ſe tranſmettent naturellement aux héritiers. *Vid. Duperier, liv. 2, chap. 6.*

Au reſte, par la raiſon que le choix des perſonnes & de leur induſtrie ou fortune eſt eſſentiel dans les ſociétés, on décide qu'un des aſſociés ne peut pas admettre un tiers dans la ſociété ſans l'approbation & le conſentement des autres; il eſt libre, à la vérité, à l'un des aſſociés de céder ou de communiquer à un tiers une portion de l'intérêt qu'il a dans la ſociété, mais c'eſt alors une autre ſociété particuliere entre ces deux-ci, *& ſocius ſocii mei non eſt meus ſocius, Leg. 19 & 20, ff. pro ſocio.*

§. 7 & 8. *Publicatione quoque diſtrahi ſocietatem manifeſtum eſt ; item ſi quis ex ſociis bonis ſuis ceſſerit*

La ſociété finit encore & ſe diſſout par la mort civile de l'un des aſſociés, & par la confiſcation de ſes biens, elle finit auſſi par la ſaiſie générale & par la ceſſion des biens d'un des aſſociés; mais on ne peut pas à la rigueur exclure de la ſociété un des aſſociés, par rapport à la ſaiſie générale de ſes biens, ou par la ceſſion qu'il en a fait, quoiqu'il ſemble qu'alors il n'ait pas de quoi ſubvenir & fournir aux dépenſes de la ſociété, ni de quoi répondre des pertes dont il pourroit être tenu, pourvu toutefois qu'il offre & qu'il donne à cet égard une caution bonne & ſolvable.

Tous les aſſociés, ſoit Marchands, Banquiers, ou autres Négocians, ſont obligés ſolidairement & indéfiniment aux dettes de la ſociété, encore qu'il n'y en ait qu'un qui ait ſigné l'obligation, au cas néanmoins qu'il ait

ſigné

signé pour la compagnie, & non autrement; c'eſt la diſpoſition de l'Ordonnance de 1673, titr. 4, art. 7; & l'article 8 qui ſuit, n'a excepté de cette regle que les aſſociés en commendite, qui ne ſont obligés ſeulement qu'à concurrence du fonds qu'ils ont apporté dans la ſociété : ainſi quand l'un des aſſociés emprunte, achete, vend, traite, ou s'oblige, & ſigne du nom qu'on appelle ſocial, c'eſt-à-dire *tel & compagnie*, il oblige ſolidairement avec lui tous les autres aſſociés, ſans diviſion ni diſcuſſion, envers le créancier, car en cette matiere la ſolidité eſt toujours ſouſentendue *ex naturâ rei*; & c'eſt une exception à l'authentique, *hoc ita*, *cod. de duobus reis*, qui veut qu'il n'y ait point d'obligation ſolidaire ſans une clauſe expreſſe, comme nous l'avons déja obſervé ci-devant ſur le Titre *de duobus reis.*

Il faut, diſons-nous, que l'aſſocié ſigne du nom ſocial pour obliger ſolidairement avec lui les autres aſſociés, car autrement la dette ſeroit cenſée pour ſes affaires particulieres, & non pour celles de la ſociété; ainſi les autres aſſociés n'en ſeroient pas tenus : il faut auſſi que l'aſſocié, quand même il auroit ſigné pour la compagnie, ne fût pas exclu de le faire par quelque clauſe de l'acte de ſociété, parce qu'alors il n'auroit pas le pouvoir d'obliger la compagnie; & il faut enfin que la ſociété dure & ſubſiſte : car après la fin de la ſociété, l'aſſocié n'auroit non plus aucun pouvoir à cet égard, & il ſeroit lui ſeul obligé.

La queſtion eſt de ſavoir, ſi les héritiers des aſſociés ſont obligés ſolidairement, tout comme eux, aux dettes de la ſociété envers les créanciers. *Bornier* ſur l'article 7 du titre 4 de l'Ordonnance de 1673 avoit tenu pour la négative, ſe fondant ſur un Arrêt de l'année 1591, rapporté par *Bacquet*, *traité des droits de Juſtice*, *chap.* 21, *n.* 251. Cependant il faut décider le contraire, parce que l'obligation provient de la nature même de la ſociété; d'autant plus que par l'article dernier du titre 4 de ladite Ordonnance, il eſt dit que tous les articles précédens doivent avoir lieu à l'égard des héritiers des aſſociés : ainſi quoiqu'il ſoit vrai que chacun des héritiers de l'aſſocié ne puiſſe être tenu perſonnellement aux dettes de la ſociété que pour ſa part, néanmoins il paroît que tous doivent ſupporter ſolidairement la dette avec les aſſociés ſurvivans, quand même il y en auroit d'inſolvables, & qu'on ne peut s'adreſſer directement auſdits héritiers pour le tout, ſauf leur recours.

Au ſurplus, quoique les aſſociés ſoient toujours ſolidairement obligés aux dettes de la ſociété, néanmoins entre pluſieurs aſſociés eux-mêmes il n'y a pas de ſolidité; de ſorte que celui des aſſociés qui a payé en entier une dette de la ſociété, ne peut agir ni la répéter contre les autres que pour leur part, s'il n'a pris la ceſſion & ſubrogation aux droits du créancier qu'il a payé, tout de même que nous l'avons dit ci-devant ſur le Titre *de duobus reis*, en parlant des coobligés ſolidaires; comme auſſi

celui des associés qui a fait des avances pour la société, n'est en droit de les répéter des autres que de chacun pour leur part : & néanmoins dans l'un & dans l'autre cas, la portion de l'associé insolvable, s'il y en a quelqu'un, doit être supportée également par tous les solvables, parce que la perte comme le gain doivent être communs entre des associés. *Leg.* 67, *ff. pro socio.*

§. 9. *Socius socio utrum eo nomine tantùm teneatur pro socio actione, an etiam culpæ, id est, desidiæ atque negligentiæ.*

Un associé n'est pas certainement responsable envers ses associés des cas fortuits ; il est pourtant tenu de son dol ou de sa faute grossiere, ou même légere, quoiqu'il soit vrai qu'on ne lui impute pas les fautes très-légeres, & qu'on n'exige guere de lui que la même vigilance qu'il apporte dans ses propres affaires.

Mais d'un autre côté un associé qui souffre quelque perte particuliere ou quelque cas fortuit, en faisant les affaires de la société, en doit être dédommagé par les autres associés, comme nous le dirons sur le §. 13, du Titre qui suit.

Au surplus, il faut noter que lorsqu'un associé ou cohéritier acquiert quelque droit ou quelque hypotheque qu'un tiers avoit sur les biens communs, ou fait quelque traité à l'occasion desdits biens, quoique pour lui seul, en son nom & à son avantage, il est censé le faire néanmoins pour tous ses conforts ; ensorte qu'il peut être obligé de leur communiquer, & de leur en faire part. *Leg. ult.* §. 4, *ff. de legatis* 2°. *Louet & Brodeau, lettre C. chapitre* 5 ; *Le Brun, des succeff. livre* 4, *chapitre* 2, *section* 3, *numero* 65.

On peut remarquer, en finissant ce Titre, que dans presque tous les Pays Coutumiers, & même dans quelques lieux du Pays de Droit Ecrit, il y a une espece de société, qu'on appelle communauté de biens, laquelle est établie entre les personnes qui se marient, par la Coutume ou par l'usage du lieu où le mariage est contracté, ou même par stipulation expresse. *Vid. la Coutume de Paris, art.* 220, *& suiv.*

La communauté des biens, contractée *vi solius consuetudinis*, n'a lieu que quand le mariage est contracté dans les Coutumes qui l'établissent, & dans lesquelles les contractans ont leur domicile ordinaire ; de sorte que si des personnes du Pays de Droit Ecrit où cette communauté n'a pas lieu, contractoient mariage à Paris, par exemple, sans stipuler la communauté, & s'en retournoient ensuite dans le lieu de leur domicile, en ce cas la communauté ne seroit pas établie entr'eux.

La communauté des biens commence non du jour du contrat, mais du jour de la célébration du mariage & bénédiction nuptiale, & dans cette communauté entrent tous les biens, meubles & effets mobiliers des deux

conjoints, ſans diſtinction, meubles meublans, vaiſſelle d'argent, argent monnoyé, promeſſes, obligations, &c. ſoit ceux qu'ils avoient lors du mariage, ſoit ceux qui leur ſont échus ou avenus depuis, comme auſſi tous les conquêts immeubles, c'eſt-à-dire, les acquiſitions des biens immeubles que l'un ou l'autre des conjoints peuvent faire durant le mariage juſqu'à ſa diſſolution, tant à titre onéreux qu'à titre gratuit de donation ou de legs en ligne collatérale ſeulement, ou de la part des étrangers; on n'en excepte que les immeubles échus aux conjoints pendant le mariage par ſucceſſion directe ou collatérale, & les immeubles donnés ou légués en ligne directe par les aſcendans.

Le mari eſt le maître des meubles & conquêts immeubles faits pendant le mariage, enſorte qu'il peut les aliéner, ou donner, ou hypothéquer, ſans le conſentement de ſa femme, par des actes entre-vifs ſeulement, & ſans fraude toutefois; mais il n'a pas le même droit à l'égard des biens propres de ſa femme, deſquels il ne peut diſpoſer, ſans qu'elle y conſente, après qu'il l'a autoriſée à cet effet.

Les effets de la communauté ſont que la femme ou le mari, après la mort de l'un d'eux, ſont en droit de demander contre les héritiers de l'autre la moitié deſdits biens communs; que le mari eſt tenu de payer perſonnellement les dettes mobiliaires de ſa femme, & que de même la femme, après la mort de ſon mari, eſt tenue des dettes du mari, à concurrence de ladite communauté, ſauf qu'il eſt permis à la femme de renoncer à la communauté, après la mort de ſon mari, en faiſant un inventaire bon & valable.

On obſerve dans les Coutumes où la communauté eſt établie, que, quoique régulierement elle finiſſe à la mort de l'un des conjoints, néanmoins, s'il y a des enfans mineurs lors de ſa mort, & que le conjoint ſurvivant ne faſſe pas un inventaire dans les regles, des biens qui étoient communs durant le mariage, la communauté ſe continue entre lui & les enfans, s'ils le trouvent à propos; ce qui a été ainſi ordonné pour obliger le conjoint qui ſurvit, à faire faire un inventaire qui puiſſe ſervir pour la conſervation des biens des enfans mineurs, à laquelle il doit veiller.

TITRE XXVII.

De Mandato.

TOUT ce qui eſt dit dans ce Titre, peut convenir à nos uſages, quoiqu'en France on appelle la convention dont il eſt ici parlé, ordre, procuration, ou commiſſion, plutôt encore que mandat; & elle eſt différente

du conseil, qui n'oblige pas, & ne produit pas d'action contre celui qui l'a donné, à moins qu'il n'y eût de la fraude ou de la supercherie de sa part, *Leg.* 47, *ff. de regul. jur. Leg.* 8 *&* 23, *ff. de dolo*; ce contrat est différent encore de la recommandation : car des lettres missives de recommandation n'obligent pas non plus celui qui les a écrites, *Leg.* 12, §. 12, *ff. mandati. Maynard*, *liv.* 8, *chap.* 29.

§. 7. *Illud mandatum non est obligatorium, quod contra bonos mores est.*

Il est certain que la commission ou l'ordre donné de commettre quelque crime, ou de faire quelque action mauvaise ou deshonnête, n'est pas obligatoire; de façon que celui qui a exécuté un tel ordre, n'a point de recours contre celui qui le lui avoit donné : car d'accorder une telle garantie, ce seroit, pour ainsi dire, inviter à délinquer, c'est pourquoi en cette matiere la garantie n'a point lieu, non plus que la somption de cause; néanmoins on peut adjuger quelquefois cette garantie, suivant les circonstances, en fait de délits légers, qui ne sont pas proprement des crimes, & quand la condamnation se réduit à des simples dommages & intérêts, ainsi qu'il fut jugé le 8 mai 1724, par un Arrêt d'Audience de la Chambre-Tournelle du Parlement de Toulouse, pour le nommé Beringuier, contre Me. Geraud Cambolas, Prieur du lieu de Bagars.

Du reste, quoiqu'en matiere criminelle il n'y ait point de garantie, cela n'empêche pas que celui qui a donné ordre ou charge de commettre le crime, ne puisse être accusé & puni, aussi bien que celui qui l'a commis, *Leg.* 5, *cod. de accusationib.* cela est même conforme à l'art. 195 de l'Ordonnance de Blois, qui veut que les assassins, ou autres, qui se louent pour tuer, outrager, ou excéder, ensemble ceux qui les auront loués ou induits à ce faire, puissent être également punis de mort.

§. 8. *Is quis exequitur mandatum, non debet excedere fines mandati.*

C'est une regle assez familiere, que le Procureur, le facteur, celui qui est chargé de quelque ordre ou commission, ne doit pas excéder les bornes de son mandat; mais cette regle doit s'entendre, suivant les Auteurs, de façon qu'il n'est pas permis d'outrepasser les termes du mandement, toutes les fois qu'en le faisant on rend plus mauvaise la condition du mandat, ou de celui en faveur duquel le mandat a été fait, puisqu'il y a même des cas où il n'est pas permis de la rendre meilleure, *Leg.* 3 *&* 5, *ff. mandati*: du reste, ce n'est pas transgresser le mandat, que de l'exécuter & de le remplir par équipollent, *& in effectu*; il est même ajouté par *Vinnius* sur ce §. que la transgression paroît permise, lorsque les circonstances ou le tems l'exigent nécessairement ainsi.

On conclut encore du texte que nous expliquons, qu'un Juge, Commis, ou Délégué, ne peut pas excéder sa commission, non plus que des Experts, ou

ou des Arbitres, comme il eſt dit dans la Loi 32, §. 15, *ff. de recept. arbit.* ſur laquelle *Godefroy* remarque pourtant qu'un Arbitre peut quelquefois *extrà compromiſſum cognoſcere, ſi ea de quibus cognoſcit, non ſunt omninò aliena ab expreſſis in compromiſſo, ſed eis connexa, aut principalis cauſa ſine his definiri non poſſit.*

Celui qui a une procuration générale de ſon commettant, ou pour les procès, ou pour les autres affaires, a la faculté d'agir, de défendre, d'adminiſtrer, & de faire tout ce que le conſtituant pourroit faire lui-même; cependant on ne ſe contente pas en France d'une procuration générale par tous les actes qui ſont d'une certaine importance, & on y exige une procuration ſpéciale expreſſe.

Lorſqu'un facteur, un employé, ou un commiſſionnaire, cemmet quelque délit en exerçant ſa charge, il eſt certain auſſi qu'il excede ſon mandat, parce qu'il n'eſt pas cenſé chargé de délinquer, & par cette raiſon non ſeulement il n'a pas d'action à raiſon de ce délit contre ſon commettant, mais même le commettant n'en eſt pas reſponſable criminellement; néanmoins tout commettant eſt tenu, du moins civilement, du délit commis par ſon commiſſionnaire dans la charge ou office auquel il l'a prépoſé, *quia aliquatenùs culpæ reus eſt, quòd operâ malorum hominum utatur*, §. 3, *infrà, de obligat. quæ quaſi ex delicto, &c.*

§. 9. *Mandatum, ſi, dum adhuc integra res ſit, revocatum fuerit, evaneſcit.*

Le mandat peut être révoqué, non ſeulement lorſque les choſes ſont encore en leur entier, mais même lorſqu'elles ne le ſont plus, & en ce dernier cas le mandataire ne laiſſe pas d'avoir ſon action contre le commettant, pour ce qu'il a fait ou géré juſqu'au jour de la révocation à lui contenue & ſignifiée; de-là vient auſſi qu'en matiere de Bénéfices, quoique le réſignant puiſſe révoquer ſa procuration *ad reſignandum*, juſqu'à ce qu'elle ait été admiſe, on tient communément que s'il la révoque ſans cauſe légitime, & ſans qu'il y ait de faute de la part du réſignataire, il doit le rembourſer des fraix auſquels il l'a expoſé mal à propos.

Au reſte, les procurations pour réſigner des Bénéfices ſont ſujettes à ſurannation, à compter du jour de leur date, & les proviſions qui ſeroient expédiées au réſignataire ſur une procuration ſurannée, ſont nulles & de nul effet, ſuivant l'Edit de 1550 du Roi Henri II. art. 10, & la Déclaration du mois d'Octobre 1646, art. 12.

Il y a cela de particulier à l'égard des procurations données à un Procureur *ad lites*, qu'elles ne ſont pas valablement révoquées, ſi par l'acte de révocation on ne conſtitue en même tems un autre Procureur avec lequel le procès puiſſe être pourſuivi.

§. 10. *Si adhuc integro mandato mors alterius interveniat, ſolvitur mandatum ; ſed ſi tu ignorans eum deceſſiſſe, executus fueris mandatum, &c.*

La mort du mandant ou du mandataire arrivée *rebus integris*, rompt ſans difficulté le mandat, & elle le rompt auſſi, quoique les choſes ne ſoient plus en leur entier, ſauf & réſervé au mandant ou au mandataire leurs actions reſpectives pour ce qui a été fait juſqu'alors ; c'eſt conformément à ces principes que l'Ordonnance de 1667, titr. 26, art. 2 & 3, a ordonné que les procédures faites & les Jugemens intervenus depuis le décès de l'une des parties ou de l'un des Procureurs, arrivé avant que la cauſe, inſtance, ou procès ſoient en état d'être jugés, fuſſent nuls, ſi ce n'eſt qu'il y eût eu repriſe de l'inſtance, ou conſtitution de nouveau Procureur, voulant néanmoins que les pourſuites ſoient valables juſqu'au jour de la ſignification du décès de la partie ; mais ſuivant l'article premier du même titre, la mort des parties ou de leurs Procureurs ne peut pas arrêter le Jugement de l'inſtance ou procès qui ſe trouve en état d'être jugé : ce qui ne s'applique pas néanmoins aux cauſes criminelles qui s'éteignent par la mort du prévenu.

Au ſurplus, un procès eſt en état d'être jugé, après qu'il a été conclu, diſtribué à un Rapporteur, que la ſommation à produire a été faite, & que les délais pour produire & pour contredire ſont expirés.

§. 11. *Mandatum cuilibet ſuſcipere liberum eſt, ſuſceptum autem conſummandum eſt.*

Régulierement toute commiſſion doit être menée à ſa fin par celui qui l'a une fois acceptée ; ainſi celui qui s'eſt chargé volontairement d'une affaire, s'il la délaiſſe, quoiqu'il ne l'eût acceptée que gratuitement, peut néanmoins être condamné, ſuivant les circonſtances, en tous les dommages & intérêts que le commettant a ſouffert de ce délaiſſement & de cette nexécution.

§. 13. *Sciendum eſt mandatum, niſi gratuitum ſit, in aliam formam negotii cadere.*

Il ſuit de ce texte, que les actes que l'on paſſe avec un Procureur *ad lites*, pour le charger de la pourſuite d'un procès, tiennent plutôt du louage que du mandat, parce que le miniſtere des Procureurs établis en titre d'office n'eſt pas gratuit ; & il en faut dire autant des Commis, Facteurs, Prépoſés, & autres, qui reçoivent des ſalaires ou des appointemens.

Comme le mandat eſt gratuit, on juge que le mandataire doit être indemniſé de toutes les pertes & même des cas fortuits auſquels il s'expoſe dans l'exécution du mandat : *Maynard, liv. 4, chap. 16*, en rapporte un Arrêt en faveur du Syndic d'un College, qui allant en voyage pour affer-

mer certains revenus dudit College, avoit été pris priſonnier de guerre, & obligé de payer cent écus pour ſa rançon.

On raiſonne en cette matiere à peu-près comme en cette matiere de ſociétés : car il n'eſt pas douteux que ſi l'un des aſſociés ou de ceux qui ont quelque affaire en commun, ſouffre quelque perte particuliere en travaillant pour la ſociété, comme s'il encourt péril, ou que, par exemple, dans un voyage pour la ſociété il ſoit volé, ou bleſſé, ou excédé, il doit être indemniſé par ſes conſorts de toutes ces pertes ou dommages qui lui ſont arrivés, ſans qu'il y eût de faute de ſa part, & l'on étend cette regle, comme dit *Maynard*, *loc. cit.* à tous les autres actes de commerce, à l'égard des Procureurs, Agens, Syndics, ou autres ſemblables; ce n'eſt guere qu'à raiſon du louage proprement dit, que le locataire, ouvrier, voiturier, ou autre, ne peut pas prétendre d'être dédommagé des cas fortuits qui lui ſurviennent. *Leg.* 2, §. 1, *& Leg.* 6, *ff. de Lege Rhodiâ de jactu.*

Cinq particuliers qui avoient un procès en commun au Parlement de Toulouſe, ayant gagné leur cauſe avec dépens, ils envoyerent l'un d'eux, nommé Pouſſigues, pour faire procéder à la taxe de ces dépens, lequel reçut en conſéquence la ſomme de 1170 liv. à laquelle ils furent liquidés ; cet argent fut volé audit Pouſſigues dans la maiſon d'une femme aſſez ſuſpecte où il logeoit, aux Fauxbourg Saint Michel : Pouſſigues fit faire une procédure contre cette femme, qui fut condamnée à la queſtion qu'elle ſouffrit, moyennant quoi elle fut miſe hors de Cour & de procès ; il demanda enſuite que ſes conſorts fuſſent tenus de ſupporter la perte des portions qu'ils avoient chacun dans la ſomme volée, & de lui payer encore leur portion des frais qu'il avoit fait, tant dans ſon voyage que dans la procédure faite contre cette femme : ce qui lui fut accordé par un Arrêt du 21 juillet 1717, rendu au rapport de M. de Boriſta.

TITRE XXVIII.

De Obligationibus quæ quaſi ex contractu naſcuntur.

ON appelle quaſi-contrats les obligations qui ſe forment entre des perſonnes, ſans qu'il y ait eu aucune convention précédente entr'elles. Ces quaſi-contrats ſont la geſtion ou adminiſtration des affaires d'autrui, faite ſans ordre ni mandat ; la tutelle ou l'engagemenr qu'elle produit entre le tuteur & le pupille, dont nous avons parlé au Livre premier ſur le Titre *de Attiliano tutore* ; les obligations qui naiſſent entre des cohéritiers, ou autres perſonnes qui ont quelque choſe en commun ſans ſociété ; celle que l'héritier, en acceptant une hérédité, contracte envers les légataires ; & enfin, celle que produit la réception ou le payement d'une choſe indue.

§. 7. *Ex quibus causis inficiando lis crescit, ex iis non debitum solutum repeti non posse.*

Ce paragraphe n'est point observé, & les peines pécuniaires du double du triple, & autres, sont abolies en France; ainsi il n'y a pas de doute qu'on ne puisse en France répéter de la cause pie le payement qui lui auroit été fait d'un legs non dû, quoiqu'il en soit dit dans cet endroit.

TITRE XXIX.

Per quas personas nobis obligatio acquiritur.

Il n'y a qu'à rapporter ici ce que nous avons déja dit sur le Titre IX. du Livre II.

TITRE XXX.

Quibus modis tollitur Obligatio.

Tollitur omnis obligatio solutione ejus quod debetur.

Le payement éteint sans difficulté les obligations, & elles prennent fin aussi par la consignation & par la compensation qui sont des especes de payement.

Quant à la compensation, nous en parlerons ci-après sur le §. 39, du Titre *de actionibus*.

Pour ce qui est de la consignation, afin qu'elle soit valable, elle doit être de la dette toute entiere & des intérêts légitimes qui se trouvent échus, & il faut régulierement qu'elle soit précédée d'un offre réelle & à deniers découverts faite au créancier, comme aussi qu'elle soit ordonnée ou permise par le Juge sur le refus de recevoir fait de la part du créancier. *Leg.* 19, *cod. de usuris*, *Leg.* 9, *cod. de solutionib.*

On exige encore souvent que la consignation ne soit pas faite à la veille ou aux approches d'un décrit ou diminution des especes : car en ce cas la consignation est ordinairement rejettée, comme contenant une espece de fraude de la part du débiteur; on se contente de citer à ce sujet un Arrêt du 12 décembre 1713 rendu en l'Audience de la Grand-Chambre du Parlement de Toulouse en faveur de la demoiselle Berail, contre le sieu Devese de cette ville de Montpellier, qui n'eut aucun égard à l'offre & consignation faite par celui-ci la veille d'une diminution des especes, quoique la demoiselle Berail le poursuivît pour le payement, & qu'elle l'eût déja fait condamner par un appointement dont il avoit relevé appel pour gagner du tems :

tems : il fut pourtant jugé par un autre Arrêt d'Audience du 14 décembre 1724, en la cauſe de la Dame de Verdalle & de la Dame de Bournazel, que l'on avoit pu payer valablement la veille d'une diminution des monnoyes à l'Huiſſier porteur d'exécution. On peut voir les Déclarations du Roi des 28 Novembre 1713, & 20 février 1714 concernant le payement des lettres de Change & billets payables au porteur, par rapport aux diminutions.

Au reſte, quoique dans une obligation il y ait un terme auquel le payement doit en être fait, le débiteur a néanmoins la faculté de ſe libérer & de payer avant ce terme, *totum enim medium tempus ad ſolvendum promiſſori liberum intelligitur*, *Leg.* 70, *ff. de ſolutionib.* Il y a pourtant des cas & des circonſtances où le délai eſt regardé comme appoſé en faveur du créancier, & alors il peut refuſer le payement qui lui eſt offert avant le terme, *Leg. qui Romæ* 122, *ff. de verbor. oblig. Duperier*, *liv.* 4, *queſt.* 20 ; *Vinnius*, *ſur le titr. de verbor. oblig.* §. 2, *n.* 4.

On a demandé, lorſque des grains ou autres denrées ont été prêtés pour être rendus, ſans dire en quel tems, comment s'en doit faire l'évaluation ; & l'on juge, conformément à la Loi, *vinum*, *ff. de rebus creditis*, qu'il faut les eſtimer ſuivant leur valeur au tems de l'introduction de l'inſtance : au lieu que lorſqu'il y a un terme fixé dans l'acte pour les rendre, l'eſtimation s'en fait ſuivant leur valeur en ce tems-là. *Vid. le nouvel Albert*, *lettre G. chap.* 10.

On peut remarquer que lorſqu'une perſonne qui doit une ſomme & des arrérages d'intérêts de cette ſomme, fait des payemens en divers tems, ſans dire ſi c'eſt ſur le capital ou ſur les intérêts, ces payemens ſont toujours imputés & précomptés, premierement ſur les intérêts, & ſubſidiairement ſur le capital, *Leg.* 5, *in fine*, *ff. de ſolutionib.* que ſi l'on doit diverſes ſommes capitales, & qu'il ait été fait des payemens ſans expliquer ſur quelle dette, ces payemens s'imputent & ſe précomptent ſur la dette la plus preſſante & la plus dure, comme par exemple, ſur celle qui ſoumettroit à la contrainte par corps, & en cas d'égalité ſur la plus ancienne, *Leg.* 1, *& Leg.* 97, *ff. eodem* ; *Catellan*, *liv.* 5, *chap.* 52 ; ſi néanmoins le débiteur préſent à la quittance qui lui à été faite, conſent au choix & à l'imputation que le créancier fait du payement ſur la dette la moins dure, il doit la ſouffrir, & ne peut pas enſuite s'en plaindre, malgré ce qui eſt dit dans ladite Loi 1, *ff. de ſolutionib.* que le créancier doit en cette matiere *ita agere rem debitoris ut ſuam ageret* : cela à été expreſſement jugé par un Arrêt rendu en l'Audience Tournelle du Parlement de Toulouſe le 4 ſeptembre 1722, Préſident M. d'Orbeſſan,

Vel ſi quis, conſentiente creditore, aliud pro alio ſolverit.

Il ſuit de ce texte par l'argument des contraires, qu'un débiteur n'eſt

pas reçu malgré son créancier à lui payer une chose pour un autre, comme à lui offrir en payement, des meubles ou des immeubles, au lieu de l'argent comptant, ou à lui céder quelque sienne dette; & en effet, nous n'observons pas la Novelle 4, *cap.* 3, ni l'authentique, *hoc nisi debitor, cod. de solutionib.* qui, contre le Droit ancien, veulent qu'en cas d'impuissance le débiteur puisse obliger le créancier à recevoir des meubles ou des immeubles en payement, au dire d'Experts : il faut nécessairement qu'un débiteur qui n'a pas d'argent pour payer, ou laisse poursuivre le décret de ses biens, ou qu'il en fasse cession & abandon à ses créanciers, & que la cession soit par eux acceptée & reçue.

Liberatur & alio solvente, sive sciente, sive ignorante debitore, vel invito eo solutio fiat.

On peut payer pour autrui, comme nous l'avons dit sur le §. 1, du Titre *quibus modis re contrahitur obligat.* ainsi il est libre à un créancier, s'il le trouve à propos, de recevoir d'un tiers le payement de ce qui lui est dû, malgré son débiteur, & de subroger également à son hypotheque celui qui lui fait ce payement; mais il faut prendre garde que sans une clause de subrogation expresse on n'est pas subrogé & on n'acquiert pas l'hypotheque d'un créancier par le simple payement, à moins que celui qui paye de ses deniers pour un débiteur, soit par ses mains, soit par celles du débiteur à qui il prête, ne fût déja lui-même créancier d'ailleurs de ce débiteur, parce qu'alors il est censé payer pour conserver & augmenter ses hypotheques, ou bien qu'il fût question de l'acheteur d'un fonds, qui du prix de son achat auroit payé le créancier de son vendeur : car dans tous ces cas on acquiert l'hypotheque des creanciers sans convention ni subrogation, *Dolive, liv.* 4, *chap.* 14, *& chap.* 31, *Catellan, liv.* 5, *chap.* 31 : le cessionnaire d'une créance entre aussi dans l'hypotheque du cédant, & l'acquiert, sans qu'il soit besoin de subrogation, parce qu'il représente entierement le cédant, & qu'il est à sa place, *Catellan, liv.* 5, *chap.* 32.

Du reste, quoiqu'il soit vrai qu'un créancier est en droit de recevoir le payement de sa créance de tous ceux qui veulent le lui faire, il n'y est pas néanmoins obligé, & ne peut être contraint de le recevoir, s'il ne veut, que par les mains de son débiteur, *Leg.* 5, *cod. de solutionibus*; il faut en excepter le cas du droit d'offrir, qui est accordé par la Jurisprudence des Arrêts aux créanciers hypothécaires non appellé ni alloués lors du décret des biens de leur débiteur.

§. 1. *Item per acceptilationem tollitur obligatio, est autem acceptilatio imaginaria solutio, &c.*

L'acceptilation n'est autre chose qu'une quittance ou une libération en

faveur du débiteur ſans payement effectif, elle ne pouvoit ſe faire dans le Droit Romain que par le moyen de la ſtipulation en forme ; mais en France, où les formalités de la ſtipulation ſont hors d'uſage, & où le ſimple pacte a la même force que la ſtipulation, le conſentement ſeul du créancier ſuffit pour libérer ſon débiteur, de quelque maniere qu'il donne ce conſentement.

Sicut etiam quod debetur, pro parte rectè ſolvitur.

Régulierement on n'eſt reçu à payer une partie de la dette que quand le créancier y conſent : car autrement le créancier peut refuſer le payement partial qui lui eſt offert, à moins qu'il n'y eût une convention expreſſe qu'il ſeroit permis de payer en parcelles, *Leg.* 41, §. 1, *ff. de uſuris*, & tout au plus le Juge peut-il ordonner par équité, lorſque le débiteur offre de payer une partie de ce qui lui eſt demandé, & conteſte ſur quelque fondement du moins apparent de devoir le ſurplus, que le créancier recevra en attendant la portion qui lui eſt offerte. *Leg.* 21, *ff. de reb. credit.*

§. 2. *Eſt autem prodita ſtipulatio quæ vulgò Aquiliana appellatur, &c.*

La ſtipulation Aquilienne dont il eſt ici parlé, & dont la formalité n'eſt pas en uſage en France, non plus que celle des autres ſtipulations, n'éteignoit pas, quelque générale qu'elle fût, les obligations auſquelles il n'étoit pas vraiſemblable que les parties euſſent penſé, *Leg.* 5, *ff. de tranſactionib.* & il en eſt à peu-près de même parmi nous de ces clauſes générales qu'on met quelquefois à la fin des actes, accords, ou tranſactions, & par leſquelles les parties ſe tiennent reſpectivement quittes de tout : car on juge que ces clauſes, quoique générales, ne ſe rapportent régulierement & ne s'étendent qu'à ce dont les parties ont traité, & non aux autres affaires ou obligations auſquelles elles n'ont pas vraiſemblablement ſongé, ſi le contraire ne paroît clairement ; c'eſt ce qu'on dit communément, que *clauſulæ generales reſtringuntur ſecundùm naturam actûs*, & que *non perimitur pacto, id de quo cogitatum non docetur. Leg.* 9, *ff. eodem.*

§. 3. *Tunc ſolùm novationem prioris obligationis fieri, quoties hoc ipſum inter contrahentes expreſſum fuerit.*

Les obligations prennent fin par la novation, qui n'eſt que la tranſlation ou le changement d'une obligation en une autre, enſorte qu'il ſe forme une nouvelle obligation de l'extinction de la premiere.

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 per-

ſonne qui nous étoit déja obligée, pourvû toutefois qu'en l'un & en l'autre cas il ſoit dit expreſſément dans la ſeconde obligation qu'on innove la premiere; ſans cela la premiere obligation ſubſiſte, & la ſeconde ſe trouve ſeulement ajoutée, ſuivant la Loi derniere, *cod. de novationib.* qui eſt obſervée par-tout : d'où il ſuit encore que ſans cette clauſe expreſſe de novation, l'hypotheque qu'on avoit par la premiere obligation, demeure dans toute ſa force. *Catellan, liv. 5, chap. 48; Brodeau ſur Louet, lettre N. chap. 7.*

Ainſi, par exemple, quand un créancier conſent un contrat de conſtitution de rente d'une ſomme d'argent qui lui étoit due à jour, il conſerve ſon hypotheque ſur les biens de ſon débiteur du jour de la premiere obligation, quoiqu'il ne l'eût pas réſervée dans la ſeconde. *Brodeau, ibid.*

Ainſi ſi un créancier ayant fait un baniment entre les mains d'un tiers qui devoit à ſon débiteur, ce tiers s'oblige perſonnellement envers ce créancier, la premiere obligation & hypotheque que ce créancier avoit ſur ſon premier débiteur, ne laiſſe pas de ſubſiſter, quoiqu'il ne l'ait pas réſervée dans l'obligation qu'il a encore ſtipulée de ce tiers. *Catellan, dict. loc.*

Ce qui vient d'être dit, ſavoir qu'il n'y a pas de novation, ſinon que les contractans aient nommément déclaré vouloir ſe départir de la premiere obligation, n'a lieu néanmoins que lorſqu'il n'y a ſimplement que de nouvelles obligations; mais c'eſt ce qu'on ne trouve pas nettement expliqué par les Auteurs : c'eſt pourquoi il faut obſerver que lorſqu'il eſt intervenu une délégation parfaite, c'eſt-à-dire, lorſque le débiteur a cédé à ſon créancier ce qu'il lui doit à prendre ſur quelqu'un de ſes débiteurs, & que cette ceſſion a été acceptée par le débiteur délégué, alors il ſe fait une novation, quoique ſans expreſſion, enſorte que le débiteur qui a fait la ceſſion & délégation, eſt entierement libéré à l'égard du créancier en faveur duquel la délégation a été faite, de même que le débiteur délégué l'eſt à l'égard de ſon créancier qui l'a cédé ou délégué; & ſi l'on peut dire qu'il n'y a point de novation, ce n'eſt tout au plus qu'à l'égard de l'hypotheque du créancier cédant, qui ſubſiſte en faveur du ceſſionnaire. Voilà comment la délégation parfaite produit toujours la novation.

De-là vient auſſi qu'on juge que les créanciers du cédant ne peuvent pas faire ſaiſir les obligations par lui cédées, après que la ceſſion ou la délégation a été comptée par le débiteur, ou du moins à lui ſignifiée, ſans diſtinguer même ſi le débiteur délégué étoit à terme de payer au tems de l'acceptation & ſignification, ou s'il ne l'étoit pas; mais avant cette ſignification ou acceptation, l'obligation appartient toujours au cédant, demeure par conſéquent ſujette à l'hypotheque de ſes créanciers. *Catellan & Vedel, liv. 5, chap. 47.*

De-là vient encore que la preſcription d'une dette dont le débiteur a chargé

chargé celui à qui il vend un fonds, de faire le payement à un de ſes créanciers, court au profit de l'acheteur, ſi la délégation a été acceptée par le créancier, ou du moins à lui ſignifiée de la part de l'acheteur, parce qu'alors il y a eu novation; au lieu que s'il n'y a eu ni acceptation ni ſignification, la preſcription court au profit du débiteur qui a vendu, & la négligence du créancier ne peut tourner qu'à ſon avantage, parce qu'il eſt demeuré le ſeul véritable débiteur, & qu'il ne s'eſt point fait de novation. *Vedel ſur Catellan, liv. 7, chap. 6.*

De-là vient enfin, que quoiqu'un débiteur puiſſe régulierement oppoſer au ceſſionnaire les mêmes exceptions, ſoit de compenſation, de dol, ou autres, qu'il étoit en droit d'oppoſer au cédant, *Ferrieres, in quæſt. 567 de Guypap.* néanmoins s'il a accepté la délégation purement & ſans proteſtation, & a promis de payer au ceſſionnaire, il ne peut plus les lui oppoſer, *Ferrieres, ibid.* mais la ſimple ſignification de la ceſſion ou tranſport ne prive pas le débiteur de cet avantage.

§. 4. *Si deindè, neque pretio ſoluto, neque fundo tradito, placuerit inter eos ut diſcederetur ab eâ emptione, invicem liberantur.*

Il eſt ſans difficulté que les obligations qui ſe contractent par le conſentement des parties, ſe détruiſent par une volonté contraire & mutuelle; s'il s'agit, par exemple, d'une vente qui ne ſoit pas encore parfaite, les parties peuvent s'en départir & ne pas conclurre le traité, & ſi la vente eſt parfaite, elles peuvent auſſi la rompre volontairement, auquel cas c'eſt une nouvelle vente ou une revente que l'acheteur fait à celui qui lui avoit vendu.

C'eſt pour cela que quand il eſt queſtion de l'intérêt d'un tiers, comme du droit de lods dû au Seigneur, on examine ſi la vente dont les parties ſe ſont déſiſtées, étoit déja parfaite par leur conſentement & accord *ſuper re & pretio*, quoique la choſe vendue n'eût pas encore été délivrée, ni le prix payé, ſi en un mot elles pouvoient ſe contraindre réciproquement à l'exécuter : car alors on juge qu'il eſt dû non ſeulement au Seigneur un droit de lods de ladite vente, mais encore un droits de lods de la réſolution volontaire de cette vente, laquelle réſolution eſt régardée elle-même comme une véritable revente. *Catellan, liv. 3, chap. 18, in fine*, en rapportee un Arrêt, & j'en ai vu rendre d'autres ſemblables, notammente n la Cour des Aydes de cette ville de Montpellier, au rapport de M. de Roſſet le 17 décembre 1745, en faveur du ſieur Claparede, Fermier de la Claverie de ladite ville, contre Jeanne Rapillot & Marie Roux, au ſujet de la vente d'une maiſon; Marie Roux ayant avoué le traité de vente dans une audition cathégorique, que Jeanne Rapillot lui avoit demandé devant le Sénéchal, & ladite Rapillot ayant enſuite conſenti à reprendre ſa maiſon, moyennant les 200 liv. baillées pour erres, que ladite Roux lui abandonna.

Quand il s'agit néanmoins des ventes nulles de droit, ou reſcindées pour une cauſe inhérente au contrat, il n'en eſt point dû de lods au Seigneur, loin qu'il en ſoit dû de leur réſolution, comme, par exemple, de la vente des biens d'un mineur, ou de l'Egliſe, faite ſans aucunes formalités; de la vente d'un fonds dotal, de celle qui eſt reſcindée par léſion d'outre moitié du juſte prix; d'un décret caſſé par nullité pour avoir été mal obtenu, &c. *Graverol ſur la Roche, traité des droits Seign. chap.* 38, *art.* 7; on tient même communément que le Seigneur, lorſqu'il a reçu le payement de ces ventes, eſt tenu de les rendre *per condictionem indebiti*; mais la Juriſprudence n'eſt pas bien conſtante là-deſſus, ſur-tout lorſque la vente qui vient à être déclarée nulle, a ſubſiſté long-tems.

Fin du troiſieme Livre.

LES

INSTITUTIONS

DU

DROIT FRANÇOIS,

SUIVANT L'ORDRE DE CELLES DE JUSTINIEN,

ACCOMMODÉES A LA NOUVELLE JURISPRUDENCE,
DIVISÉES EN QUATRE LIVRES.

LIVRE QUATRIEME.

TITRE PREMIER.

De Obligationibus quæ ex delicto naſcuntur.

Hæ obligationes ex re naſcuntur, id eſt, ex ipſo maleficio, veluti ex furto, damno, injuriâ.

LES mots de crime, forfait, maléfice, délit, ſignifient une même choſe, excepté que nous nous ſervons particulierement du mot de délit pour exprimer les moindres crimes. Les Romains diſtinguoient deux eſpeces de crimes ou délits, les uns publics dont il eſt traité dans le Titre dernier de ce Livre, les autres privés dont il eſt ici parlé : la pourſuite & l'accuſation des crimes, comme offenſant la tranquillité & la ſûreté publique étoit permiſe à toutes

personnes, bien qu'elles n'y fussent pas particulierement intéressées, §. 1, *infrà de public. judic. Leg.* 1, *ff. eodem*, on n'en excluoit que les femmes, les pupilles, & quelqu'autres, dont l'énumeration est faite dans la Loi 8, & suiv. *ff. de accusationibus*; la poursuite des crimes privés, tels que le vol, les injures, &c. n'étoit permise qu'aux particuliers qui y étoient intéressés, à raison du dommage qui leur étoit causé, & la réparation qu'ils pouvoient poursuivre, soit par la voie civile, soit par la voie criminelle, leur en étoit appliquée. *Leg. ult. ff. de privatis delict. Leg. ult. ff. de furtis.*

L'on subdivisoit encore, chez les Romains, les crimes en ordinaires & extraordinaires; ils appelloient ordinaires, ceux dont la peine étoit établie par les Loix ou les Constitutions des Empereurs, & extraordinaires, ceux dont les peines étoient arbitraires, selon l'atrocité du crime & la qualité des personnes.

Dans ce Royaume on tient pour maxime, qu'il n'y a presque point de crimes, quoique commis à l'égard des particuliers, dont le public ne soit soit en même tems offensé, & dont M. M. les Gens du Roi, chacun dans son Tribunal, ne soient obligés de poursuivre la punition, comme sont principalement tous les crimes capitaux, ou qui méritent peine afflictive.

La peine de tous les crimes ou délits n'y est pas en général arbitraire, plusieurs ayant leur peine réglée par les Edits ou Ordonnances de nos Rois; seulement à l'égard de ceux-là c'est aux Juges à déterminer par les circonstances, si le crime est tel, ou si les preuves en sont telles, qu'il mérite absolument la peine prononcée par la Loi.

Quant à la procédure, elle est la même en France pour toute sorte de crimes, & l'on en poursuit la réparation par la voie de la plainte & de l'information par témoins, que nous appellons la voie criminelle, sur laquelle & sur les Conclusions des Procureurs du Roi ou de ceux des Seigneurs, il est rendu un décret contre l'accusé, ou de prise de corps, ou d'ajournement à comparoître en personne, ou de soit assigné pour être ouï, suivant la qualité des crimes, des preuves, & des personnes, & après que l'accusé a subi son interrogatoire sur le décret, il peut être procédé sur les conclusions également de la Partie publique, au Jugement du procès, bien entendu néanmoins que l'accusation ne mérite pas une plus ample instruction: car dans les accusations graves on ajoute le recollement & la confrontation de témoins avant d'en venir au Jugement définitif, suivant l'Ordonnance de 1670, titr. 15, art. 1.

Nous ne connoissons pas au surplus ce que les Romains appelloient crimes publics ou populaires, & dont l'action compétoit à un chacun du peuple, bien qu'il n'y eût aucun intérêt personnel; les actions populaires sont au contraire interdites en France & réservées en seul à la Partie publique, c'est-à-dire, au ministere de M. M. les Gens du Roi; c'est une maxime certaine

certaine tant en matiere criminelle qu'en matiere civile. On peut obſerver ſimplement, que ſelon l'uſage de la Cour des Aydes de cette Province, dans les matieres de roture des biens, de clôture ou de reddition de compte des Conſuls ou Collecteurs, & autres ſemblables, on a jugé à propos pour le profit des Communautés de permettre à chacun des habitans taillables ou contribuables d'agir & de ſe plaindre, à raiſon de l'intérêt qu'ils peuvent y avoir.

Bien plus, les Procureurs du Roi ou des Juſtices Seigneuriales ſont, à proprement parler, les ſeuls en droit de pourſuivre une accuſation criminelle : car quoiqu'il ſoit permis à la partie offenſée de porter plainte du crime qui l'intéreſſe particulierement & d'en demander la réparation, ce ne peut être qu'avec l'adjonction des Procureurs du Roi ou des Seigneurs, qui ſont ſeuls perſonnes légitimes pour intenter & pourſuivre l'action en punition du crime; les parties plaignantes qu'on appelle par cette raiſon parties civiles, ne peuvent régulierement demander qu'une ſatisfaction ou des dommages & intérêts pour ce qu'elles ſouffrent, à raiſon du crime commis, quoique l'uſage ſoit aſſez dans cette Province que les parties plaignantes concluent toujours aux peines de droit, de même qu'aux réparations civiles; & de-là vient auſſi qu'ils y ſont encore appellés demandeurs en excès. Voyez *l'Ordonnance de* 1670, *titr.* 3, *des plaintes*, *art.* 5 *&* 8.

On reçoit pourtant dans ce Royaume les dénonciations de la part même des parties non intéreſſées, c'eſt-à-dire, que pour l'intérêt public & pour parvenir à la connoiſſance & à la punition des crimes, on reçoit ceux qui dénoncent aux Gens du Roi le crime & les coupables, & ces ſortes de dénonciations ſe font ſecrettement ſur un régiſtre, conformément à l'Ordonnance déja citée, titr. 3, art. 6 & 7; mais s'il intervient un Jugement ou Arrêt de relaxe, les Procureurs du Roi ſont alors obligés de nommer le dénonciateur, afin que la partie puiſſe agir contre lui pour ſes dommages & intérêts, ſuivant l'article 73 de l'Ordonnance d'Orléans.

Enfin, chez les Romains où les accuſations d'un crime public, quoique capital, étoient permiſes à un chacun, l'accuſateur d'un tel crime, après en avoir intenté l'action, ne pouvoit ni en tranſiger ni s'en déſiſter, ſans encourir les peines du Sénatus-Conſulte Turpillien, telles que l'infamie, & autres arbitraires, au lieu que l'accuſé pouvoit valablement tranſiger ſur le crime à lui imputé; mais dans ce Royaume au contraire la partie civile qui ne pourſuit & n'eſt en droit de pourſuivre que ſon intérêt civil, peut toujours ſe déſiſter, ſauf les dommages & intérêts de l'accuſé, ſuivant l'article 5 du titre 3 de l'Ordonnance de 1670, & de plus tant le plaignant que l'accuſé peuvent en tout tems tranſiger du crime, lorſqu'il ne s'agit pas d'un crime capital ou qui mérite peine afflictive, & la tranſaction eſt alors valable : car la même Ordonnance de 1670, titr. 25, art. 19, enjoint ſeulement aux Procureurs du Roi ou des Seigneurs, de pourſuivre les pré-

venus des crimes capitaux ou ſujets à peine afflictive, nonobſtant toutes tranſactions ou ceſſions de droit faites par les parties, voulant qu'à l'égard des autres crimes les tranſactions ſoient exécutées, ſans que les Procureurs du Roi ou des Seigneurs puiſſent en faire aucune pourſuite.

§. 1. *Furtum eſt contrectatio fraudulosa, lucri faciendi gratiâ.*

Il n'y a point, à proprement parler, de vol ſans le deſſein de voler, comme il eſt dit dans le §. 7, de ce Titre.

Au ſurplus, le mot *contrectatio* dont l'Empereur ſe ſert, fait aſſez comprendre que le vol ne tombe que ſur les choſes mobiliaires; & en effet à l'égard des immeubles on ne peut agir que par voie civile en délaiſſement & reſtitution des fruits, à moins qu'il ne fût queſtion d'une demande en réintégrande, comme lorſqu'on a été ſpolié par violence ou voie de fait, ainſi que nous le dirons ſur le Titre ſuivant.

§. 3. *Furtorum duo sunt genera, manifestum & nec manifestum.*

Cette diſtinction du larcin manifeſte ou non manifeſte n'eſt pas connue dans notre uſage pour faire punir l'un plus ou moins griévement que l'autre: on peut ſimplement remarquer en paſſant, qu'un voleur ou autre criminel pris en flagrant délit ou à la clameur publique peut être arrêté & conduit en priſon ſans information précédente ni décret, ſuivant l'article 9 du titre 10 de l'Ordonnance de 1670, quoique dans les autres cas la regle ſoit telle qu'on ne peut conſtituer priſonnier perſonne ſans décret, ni le décréter qu'après une information.

§. 4. *Conceptum furtum dicitur, cum apud aliquem testibus præsentibus furtiva res quæsita & inventa sit, &c.*

Toutes ces actions *furti concepti, oblati, prohibiti, non exhibiti*, avoient ceſſé même d'être en uſage du tems de l'Empereur Juſtinien, comme il le dit lui-même dans ce paragraphe, & elles ne l'ont jamais été parmi nous.

Mais on peut obſerver au ſujet des viſites & des recherches dont il eſt ici parlé, qu'elles ſont preſque toujours injurieuſes à celui dans la maiſon de qui on les fait, & même ſuſpectes; c'eſt par rapport à cette eſpece d'injure qu'elles ne peuvent être faites régulierement que par permiſſion du Juge, de ſon autorité, & en ſa préſence. L'Ordonnance des Gabelles du mois de mai 1680, titr. 19, permet ces viſites & recherches en matiere de faux-ſaunage, &c. non ſeulement aux Officiers des greniers à ſel & des dépôts, mais même aux Commis de l'Adjudicataire, en ſe faiſant accompagner d'un Garde des Gabelles ou de deux témoins, & les permet même aux Capitaines, Archers, & Gardes, avec la permiſſion par écrit d'un des greniers à ſel, & même ſans cette permiſſion, quand il s'agit d'un fait proviſoire, &c. il peut néanmoins y avoir des abus dans ces viſites: de-là

vient que, comme dit *Vinnius* sur ce paragraphe, on obligeoit autrefois ceux qui vouloient faire recherche dans la maison d'un particulier de quelques effets volés, à se dépouiller avant d'y entrer, *ne quid fortè vestibus absconditum inferrent. Vid. Faber, Cod. lib. 6. tit. 2, definit. 4.*

Omnes qui scientes rem furtivam susceperint, & elaverint, furti obnoxii sunt.

Il est évident que les récéleurs du vol doivent être punis aussi sévérement que les voleurs eux-mêmes; mais à l'égard des personnes chez qui on trouve la chose volée, on ne peut, à moins qu'il n'y ait quelques indices, les regarder ni comme voleurs ni comme récéleurs, si ce sont des personnes d'un certain état & de bonne réputation: il en est autrement, si ce sont des gens mal famés; & néanmoins, comme dit *Julius Clarus, lib. 5, §. furtum, n. 5*, la mauvaise réputation seule ne suffit pas en ce cas pour la condamnation, *sed tantùm ad torturam.*

§. 5. *Pœna furti manifesti est quadrupli, nec manifesti dupli.*

Chez les Romains on pouvoit agir à son choix contre le voleur, ou civilement, ou criminellement, *Leg. ult. ff. de furtis*, & la peine du vol étoit du double ou du quadruple qui étoit adjugée au demandeur, ce qui n'empêchoit pas que celui qui étoit condamné pour vol, ne fût rendu infâme, *Leg. 63, ff. eodem*, & qu'étant poursuivi criminellement il ne pût être puni encore par des peines corporelles, comme il paroît par la Loi 8, *cod. ex quibus causis infamia irrogat.* & par l'authentique, *sed novo jure, cod. de servis fugitivis*; mais les peines du double ou du quadruple ne sont pas d'usage en France, non plus que la distinction du vol manifeste ou non manifeste qui avoit donné lieu de les regler différemment. Nous avons déja dit que celui qui a été volé, ne peut demander que la restitution de la chose volée ou ses dommages & intérêts, quoique tout larcin se poursuive aujourd'hui par la voie criminelle & extraordinaire, que c'est principalement aux Procureurs du Roi ou des Seigneurs à requérir la punition corporelle ou afflictive, & qu'ils sont toujours en droit d'agir criminellement pour la punition du crime, quand même la personne volée n'auroit pris que la voie civile, ou qu'elle resteroit dans l'inaction; parce que la poursuite qui vient de la part de la partie publique, n'a pas besoin de l'intervention de la partie civile; cela résulte même de l'Ordonnance de 1670, titr. 3, art. 8, & titr. 25, art. 19.

Au surplus, le vol ou larcin est considéré dans ce Royaume comme un crime grave qui mérite peine afflictive & ordinairement capitale; ainsi les voleurs domestiques, s'il s'agit d'un vol un peu considérable, les voleurs de grands chemins, ceux qui volent la nuit & avec effraction, ceux qui volent dans les Eglises ou dans les Auditoires, tandis qu'on y rend la justice,

ſont ordinairement punis du dernier ſupplice : on peut voir une Déclaration du 4 Mars 1724 concernant la punition des voleurs. *Vid. La Roche, liv. 2, verb. larrons, le nouvel Albert, lettre V. chap. dernier.*

§. 6. *Furtum fit, non ſolùm cùm quis intercipiendi causâ rem alienam amovet, &c.*

Suivant l'Empereur Juſtinien, il y a vol, non ſeulement quand on prend ou qu'on emporte, mais encore quand on ſe ſert de la choſe d'autrui contre ſa volonté; mais en France nous n'admettons point d'autre larcin que celui qui ſe fait de la choſe même pour ſe l'approprier : car dans les autres cas, ſoit du dépôt, du gage, ou du commodat, dont on auroit abuſé, on ne doit ſe pourvoir que par la voie civile pour ſes dommages & intérêts, ſi on en a ſouffert, ou ſi la choſe a été détériorée.

§. 8. *Cùm Titius ſervum Mevii ſollicitaverit, ut quaſdam res domino ſurriperet, & ad eum perferret, &c.*

On conclut de ce texte, que la maxime qui dit qu'en matiere de crimes la volonté n'eſt pas punie, doit s'entendre tout au plus d'une ſimple volonté qui n'a été ſuivie d'aucun effet, *Leg.* 1, §. 1, *ff. de furtis*, *Leg.* 18, *ff. de pœnis*, mais ne peut pas s'appliquer au cas où celui qui a projetté un crime, s'eſt mis en devoir de l'exécuter, & en eſt venu *ad actum proximum, licèt effectum actus non habuerit*, comme, par exemple, quand un homme eſt ſurpris dans une maiſon chargé des effets qu'il vient de voler, ou en diſpoſition de les emporter, car alors il ne laiſſera pas d'être regardé & puni comme voleur, §. 3, *ſuprà hoc titul.* on punit en un mot l'entrepriſe, quoique le crime n'ait pas été conſommé, & alors la peine n'eſt pas même diminuée, du moins s'il s'agit de crimes graves & atroces, comme de parricide, d'empoiſonnement, &c. *La Roche, liv. 6, titr. 45, titr. 53, art. 3, & titr. 72, art. 3.*

§. 9. *Veluti ſi quis liberorum noſtrorum qui in poteſtate noſtrâ ſunt, ſurreptus fuerit.*

Le vol ou enlevement qui ſeroit fait d'un enfant, ſeroit regardé en France comme un crime capital, & cela eſt conforme à la Loi derniere, *cod. ad Legem Fabiam de plagiariis*; mais au lieu que l'action pour un tel larcin n'appartenoit chez les Romains qu'au pere, à cauſe de la puiſſance paternelle, *Leg.* 38, *ff. de furtis*, il n'y a point de difficulté parmi nous que la mere ou les autres parens, tant paternels que maternels, ne puſſent en ce cas agir & intenter l'accuſation.

§. 10. *Veluti ſi debitor rem quam pignoris causâ dedit, ſubſtraxerit.*

Il eſt vrai qu'un créancier pourroit agir contre ſon débiteur, qui ſans le

le payer se seroit emparé du gage qu'il lui avoit délivré, de même que contre d'autres personnes qui auroient enlevé ledit gage, mais que ce créancier peut agir criminellement dans ce cas contre le débiteur comme pour vol; cette rigueur n'est pas approuvée par *Vinnius* sur ce paragraphe : on peut voir ce que nous dirons sur le §. 1, du Titre qui suit.

§. 11. *Certè qui nullam opem ad furtum faciendum adhibuit, sed tantùm consilium dedit atque hortatus est, non tenetur furti.*

Lorsqu'un homme commet un larcin avec l'assistance & l'aide d'un autre, ils en sont tous les deux coupables; mais ce que Justinien ajoute ici, que celui qui n'a donné aucune assistance, mais seulement conseillé de faire le vol, n'en est pas tenu, doit s'entendre seulement quant au dédommagement à l'égard de la personne volée, lequel dédommagement doit être fait par ceux qui ont fait le vol; mais cela n'empêche pas que celui qui a conseillé le vol, ne doive être compris dans l'accusation, parce qu'on peut penser que sans son conseil le vol n'auroit pas été fait.

§. 12. *Hi qui in parentum potestate sunt, si rem eis subripiunt, furtum quidem faciunt, &c.*

Les enfans qui volent leurs parens, commettent un larcin, mais ce larcin ne produit point d'action : car il n'y a gueres de cause qui puisse produire une action entre le pere & le fils, comme dit ici l'Empereur; cependant si un fils de famille qui auroit volé son pere, avoit un pécule ou des biens à lui appartenans, son pere auroit l'action civile contre lui sur ce pécule pour ce qui lui auroit été volé; & même sans considérer la puissance paternelle, si un fils adulte avoit volé quelque chose de considérable à son pere ou à sa mere, quand bien il l'auroit dissipé, les pere ou mere seroient en droit d'en établir la preuve par action civile, pour imputer sur la portion héréditaire de ce fils ou sur sa légitime ce qui leur auroit été volé.

De même si une femme avoit fait quelque vol un peu considerable à son mari, il seroit aussi en droit d'en faire la preuve par l'action civile appellée *rerum amotarum*, pour faire imputer ce que la femme lui auroit volé, sur sa dot & conventions matrimoniales.

§. 13. *Furti actio ei competit cujus interest rem salvam esse, licèt dominus non sit.*

Comme l'action du vol étoit utile chez les Romains, à cause de la peine pécuniaire du double ou du quadruple qui s'en suivoit, & que les voleurs y étoient apparemment plus riches que chez nous, il étoit intéressant de savoir par qui elle pouvoit être intentée; mais ce paragraphe & les quatre

ſuivans ſont aſſez inutiles dans ce Royaume, où toute l'utilité ſe réduit à la reſtitution de la choſe volée, lorſqu'on peut la retrouver.

§. 18. *Placuit ita demùm obligari eo crimine impuberem, ſi proximus pubertati ſit, & ob id intelligat ſe delinquere.*

Cet âge approchant de la puberté, & auquel on eſt préſumé capable de malice, eſt communément après les dix à onze ans paſſés, quoiqu'à dire vrai, on ne puiſſe ſtatuer une regle bien certaine pour ce qui concerne la punition, ſoit du vol, ou des autres crimes commis par des impuberes; il faut donc néceſſairement pour les aſſujettir à la peine du crime dont ils ſont accuſés, qu'ils ſoient bien près de la puberté, & qu'ils ſoient d'ailleurs reconnus pour être capables de dol; car les approches de la puberté n'en ſont pas toujours une preuve ſûre: encore même dans ce cas la peine due au crime eſt toujours modérée & tempérée en leur perſonne.

On ne peut pas même procéder criminellement contre des impuberes qui n'approchent pas de la puberté; les décrets & procédures faites contr'eux ſont alors annullées, & ils ſont relaxés, ſans même que leur pere puiſſe être en aucune façon reſponſable des dommages & intérêts envers la partie civile. *Vid. le nouvel Albert, lettre E. chap.* 12.

Il y a un Arrêt du 6 Avril 1701 rendu en l'Audience Tournelle du Parlement de Toulouſe dans la cauſe des nommés Michel, qui jugea qu'un impubere âgé d'environ dix années ne pouvoit pas être puni pour avoir caſſé d'un coup de pierre une jambe à un autre enfant dans une querelle qu'ils avoient eu enſemble, & que le pere ne pouvoit pas non plus être condamné à aucuns dommages & intérêts.

Pour ce qui eſt des crimes ou délits commis par des enfans qui ſont déja puberes ou qui même ont paſſé la puberté, ces enfans peuvent être punis & condamnés à raiſon deſdits crimes, ſuivant les circonſtances; mais leurs peres ſont-ils tenus civilement des dommages & intérêts? Il y a des Auteurs qui tiennent l'affirmative, ſous prétexte que c'eſt comme une peine de la mauvaiſe éducation que les peres leur ont donné, & une charge de la puiſſance paternelle, d'autant mieux que le pere, dit-on, peut retenir ſur la légitime de ſon fils ce qu'il eſt obligé de payer; mais pluſieurs autres Auteurs ſont pour la négative, & avec raiſon. La condition de pere ſeroit en effet bien malheureuſe; ce ſeroit rétroquer contr'eux les faveurs accordées à la paternité; leur imputer arbitrairement une mauvaiſe éducation; ſuppoſer même gratuitement que les enfans qui ont reçu une bonne éducation, ſont incapables de délinquer, ou que la bonne éducation doit vaincre néceſſairement un naturel vicieux ou emporté; ce ſeroit enfin aller contre les principes de Droit: car il eſt certain que le pere n'eſt pas tenu à raiſon des délits de ſon fils s'il n'a en ſes mains un pécule ou des biens appartenans à ſon fils, *arg. Leg.* 3, §. 11 & 12, *ff. de peculio*; *Vinnius*, *Inſtit.*

lib. 4, *tit.* 5, §. 2; *Maynard*, *liv.* 7, *chap.* 22; & le pere n'eſt d'ailleurs jamais tenu de ſon vivant d'avancer ſur la légitime qu'il doit à ſon fils, les amendes ou autres condamnations encourues par le fils, que dans le cas où faute de payement le fils pauvre viendroit à riſquer ſa vie ou à être perpétuellement détenu en captivité & en priſon, *Maynard*, *liv.* 7, *chap.* 23. D'où il faut conclure, que le pere ne peut donc être condamné à aucuns dommages pour le délit du fils, que dans le cas dont nous avons déja parlé, c'eſt-à-dire, quand il a en ſon pouvoir des biens appartenans au fils, ou bien dans le cas où le fils auroit délinqué en exécutant les ordres de ſon pere, le pere dans ce cas n'étant pas moins coupable que le fils.

Ce que nous avons dit, que le pere n'eſt point tenu des dommages & intérêts pour le délit de ſon fils, ſe vérifie entr'autres dans les procès de groſſeſſe pourſuivis extraordinairement contre un fils de famille : car non ſeulement le pere n'eſt jamais reſponſable des dommages & intérêts prononcés contre le fils, mais il n'eſt pas même obligé de conſentir au mariage avec la fille ſéduite, quoique ſon fils mineur de trente ans ne puiſſe pas autrement ſe libérer de la priſon où il eſt détenu pour ces dommages. *Catellan*, *liv.* 4, *chap.* 30.

Le pere n'ſt pas même tenu de fournir des alimens à ſon petit-fils naturel, ni de payer les frais des couches de la fille ſéduite par ſon fils, ſi ce fils n'a des biens propres pour y ſatisfaire : car malgré les divers Arrêts qu'on lit à ce ſujet dans les Auteurs, la Juriſprudence paroît enfin fixée à ce point par deux Arrêts du Parlement de Toulouſe, l'un du 25 Janvier 1715, par lequel le ſieur de Variclery fut condamné à payer à la demoiſelle de Jaquemie 300 liv. pour les frais de ſes couches, & 100 liv. pendant ſept années pour l'entretien de l'enfant dont elle avoit accouché des œuvres du ſieur Variclery fils, & ce nommément à prendre ſur la portion de biens qui étoit parvenue à ce fils par le décès de ſes autres freres & de ſa mere *ab inteſtat*, à laquelle ils avoient tous ſuccédé, enſorte que le pere n'avoit pas même par conſéquent l'uſufruit deſdits biens fraternels; l'autre Arrêt eſt du 2 Juin 1730, rendu au rapport de M. de Baſtard, qui déclara n'y avoir lieu d'obliger le ſieur Olivier pere, habitant de la ville de Beziers, dont le fils n'avoit aucuns biens, à payer ni les frais des couches de la demoiſelle Sebin que ſon fils avoit ſéduite, ni de fournir les alimens à l'enfant né de ce commerce : j'avois écrit pour ledit ſieur Olivier.

§. 19. *Sed rei vindicatio adversùs poſſeſſorem eſt, ſive ſur ipſe poſſidet; ſive alius quilibet*

Celui qui a acheté une choſe qui a été dérobée, eſt tenu de la rendre au propriétaire, & même il eſt obligé de la lui rendre ſans pouvoir en exiger le rembourſement du prix qu'il a payé, ſuivant la Loi *incivilem*,

cod. de furtis, dont la déciſion eſt ſuivie dans l'uſage, ſi l'on en excepte le cas où il s'agit d'une choſe achetée dans une Foire ou dans un Marché public; il faut même alors pour pouvoir obliger le propriétaire à la reddition du prix, que cet acheteur ne puiſſe être ſoupçonné d'aucune mauvaiſe foi, qu'il n'ait pas acheté d'une perſonne qu'il ſavoit être ſuſpecte, & que la choſe volée ſoit du nombre de celles qu'on a accoutumé de vendre dans les Foires & les Marchés. *Graverol ſur La Roche, liv.* 1, *titr.* 3, *art.* 3; *Cambolas, liv.* 2, *chap.* 5; *Vedel ſur Catellan, liv.* 5, *chap.* 33.

Pour ce qui eſt des effets ou meubles qu'on a baillé à un courtier ou à un proxenete pour les vendre ou engager, s'il arrive que ceux-ci détournent à leur profit le prix de l'engagement ou de la vente qu'ils en ont fait, il eſt certain que ces effets ne peuvent être repris ou réclamés par le propriétaire ſur celui qui les a achetés, ni qu'il ne peut les dégager qu'en payant le prix de l'engagement, parce que le propriétaire deſdits effets doit s'imputer de les avoir confiés à un proxenete infidele. *Albert, lettre C. chap.* 5; *Vedel ſur Catellan, liv.* 5, *chap.* 4.

TITRE II.

De vi bonorum raptorum.

Propriam actionem Prætor introduxit, quæ appellatur vi bonorum raptorum; & eſt intrà annum quadrupli, poſt annum ſimpli.

La force & la violence aggravent ſans doute le crime de vol ou d'enlevement, & peuvent le rendre capital, ſelon les circonſtances; mais les peines du quadruple ou autres dont il eſt ici parlé, ſont inconnues en France, comme nous l'avons déja dit, & celui à qui on a fait quelque enlevement, ne peut jamais prétendre pour ſon intérêt particulier que la reſtitution de la choſe enlevée, & les dommages & intérêts qu'il peut avoir ſouffert.

Au ſurplus, quand on ne peut pas ſavoir préciſément en quoi conſiſtent les choſes priſes, volées, ou enlevées, on accorde ordinairement le ſerment *in litem* à la partie civile, lequel on fixe toujours à concurrence d'une certaine ſomme, quoiqu'en diſe *Boutaric*: car ce n'eſt pas l'uſage de ce Parlement d'accorder le ſerment indéfini. *Vid. La Roche, liv.* 3, *lettre R. art.* 3.

§. 1. *Rei quidem ſuæ dominio cadere.*

On voit par ce texte qu'il n'eſt pas même permis de prendre ou d'enlever de ſa propre autorité ce qui nous appartient ou que nous croyons nous

nous appartenir, & nous l'avons déja obſervé ci-deſſus, en parlant des légataires, au commencement du Titre *de legatis*, & ſur le §. 10, du Titre précédent ; mais la peine qui eſt ici prononcée, de la perte de la propriété, ſi la choſe nous appartient en effet, ou du payement de ſa valeur, ſi elle ne nous appartient pas, n'a point lieu dans ce Royaume. Il n'y a proprement qu'un ſeul cas où la violence & la voie de fait puiſſent faire perdre le droit que l'on a ſur la choſe enlevée, c'eſt celui où le propriétaire des fruits empêche par violence l'établiſſement ou l'adminiſtration des ſequeſtres : car l'Ordonnance de 1667, titr. 19, art. 16, le déclare déchu de tous ſes droits ſur les fruits par lui enlevés, & veut qu'ils ſoient adjugés incommutablement à l'autre partie.

Quod non ſolùm in mobilibus rebus, ſed etiam in invaſionibus quæ circà res ſoli fiunt.

Cette peine de déchéance de ſon droit contre celui qui s'empare par violence ou par voie de fait d'un fonds poſſédé par un autre, n'eſt pas non plus obſervée en France, & l'Arrêt rapporté à ce ſujet par *Papon*, *liv.* 23, *titr.* 5, *art.* 5, n'eſt pas contraire à cela, comme ayant été rendu dans un cas ſingulier & extraordinaire ; celui qui a été dépoſſédé, doit ſe pourvoir par l'action en réintégrande, dont nous parlerons dans la ſuite.

TITRE III.

De Lege Aquiliâ.

Quanti ea res in eo anno plurimi fuerit, tantùm domino dare damnetur.

LES peines portées par la Loi *Aquiliâ*, concernant les pertes ou dommages cauſés par ſon dol ou par ſa faute à une autre perſonne, ſont abrogées parmi nous, & les Juges dans tous les cas énoncés dans ce Titre n'adjugent à la partie plaignante que ſes dommages & intérêts réglés à une certaine ſomme ou liquidés par des Experts, quoiqu'au ſurplus le coupable puiſſe être puni d'ailleurs par des peines plus ou moins ſéveres, ſuivant les circonſtances : ainſi dans le cas même de l'homicide, on n'adjuge à la partie civile, ſoit à la veuve, aux enfans, ou autres parens du meurtri, que des dommages & intérêts ; mais les Lettres de grace n'exemptent point le coupable de la condamnation auſdits dommages, parce que le Roi n'accorde jamais des graces au préjudice d'un tiers, & la confiſcation n'y fait pas non plus obſtacle : car on diſtrait préalablement ces dommages, de même que les frais de Juſtice ſur les biens du coupable, lorſqu'ils ſont confiſqués, *Catellan*, *liv.* 2, *chap.* 98 ; tandis qu'au contraire les Lettres

de grace privent le Seigneur Haut-Justicier du droit de confiscation, & en empêchent l'effet. *Bacquet, des droits de Just. ch.* 16.

§. 2. *Itaquè qui latronem insidiatorem occidit, non tenetur utique, si aliter periculum effugere non potest.*

Il est permis au maître de tuer le voleur inconnu qui entreroit de jour dans sa maison avec des armes pour voler, & qui se seroit mis en devoir de le faire, pourvu néanmoins que le maître, après avoir crié au secours & au voleur, ne pût autrement sans péril de sa vie & de ses biens le chasser de sa maison, & dans les mêmes circonstances à peu-près les Loix permettent de tuer le voleur nocturne, d'autant plus qu'on ne sait pas s'il est venu seulement pour dérober ou pour assassiner, *Leg.* 4, *ff. ad Legem Aquil. Leg.* 9, *ff. ad Legem Cornel. de sicariis*, & dans ces cas mêmes je ne pense pas qu'il fût nécessaire en France d'obtenir des Lettres de remission; mais si lorsqu'on a crié au voleur ou à l'aide, le voleur a pris la fuite, il ne seroit jamais permis de le poursuivre pour le tuer, non plus qu'il ne seroit pas permis de tuer un voleur qui ne déroberoit ou n'emporteroit que des choses de peu d'importance, comme des fruits, des raisins, &c.

§. 3. *At nec is quidem tenetur, qui casu occidit, si modò culpa ejus nulla inveniatur.*

Il est parlé dans ce paragraphe & dans les deux suivans des homicides & des dommages involontaires, c'est-à-dire, causés par un cas fortuit & imprévu, ou de ceux qui sont commis par une simple imprudence; quant à l'homicide ou dommage purement casuel, sans qu'il y ait aucune faute ni imprudence de la part de celui qui l'a commis, ou lorsqu'il y a même de l'imprudence de la part de la partie offensée, il est constant qu'il ne mérite pas de punition; ainsi un chasseur qui en tirant sur quelque bête tueroit un homme qui se seroit trouvé au-delà, & qu'il n'auroit pu appercevoir, n'en seroit pas puni: ainsi celui qui va mal à propos traverser un Jeu de Mail public tandis qu'on y joue, qui est blessé par la boule déja jettée, n'a point de dommages à prétendre, *Leg.* 9, §. *ult. ff. ad Legem. Aquil.* ainsi un bucheron émondant un arbre en pleine campagne & dans un lieu où il n'y avoit aucun chemin, ni public ni particulier, quelque branche tombe sur un passant & le blesse ou le tue, il ne sera pas responsable de cet accident, quoiqu'il n'ait pas crié de prendre garde; mais il en seroit tenu, si ayant apperçu le passant dessous l'arbre il n'avoit pas laissé de faire tomber la branche, ou bien s'il y avoit tout auprès de ce lieu un chemin, soit public, soit particulier, & qu'il n'eût pas crié qu'on prît garde, ou qu'il eût crié de prendre garde, mais dans un tems qu'on ne pouvoit pas éviter le danger, *Leg.* 31, *ff. ad Legem Aquil.*

De-là il réſulte auſſi que la ſimple imprudence ou faute légere rend reſponſable de l'homicide & des dommages, comme ſi en jettant quelque choſe dans la rue on avoit tué ou bleſſé un paſſant, ou ſi en tirant d'une arquebuſe hors des lieux ordinaires ou des tems accoutumés on avoit tué quelqu'un par mégarde : on peut voir auſſi *Dolive*, *part.* 3, *de ſes Actions Forenſes*, *art.* 11, au ſujet d'un jeune homme qui avoit tué ſa maîtreſſe par imprudence d'un coup de piſtolet. Et en effet celui qui commet un homicide, quoiqu'involontairement par ſa faute ou ſon imprudence, n'eſt pas puni de mort à la vérité, mais de peine arbitraire, ſuivant l'excès de ſa négligence ou de ſa faute ; & dans tous ces cas, même dans ceux où il n'y a qu'un pur accident fortuit ſans faute ni imprudence, on a recours à la grace du Prince.

La faute ou la négligence pourroit même être ſi groſſiere, qu'elle donneroit peut-être lieu à la peine de mort ou autre peine afflictive : ainſi par Arrêt de ce Parlement, rapporté dans *Carondas*, *liv.* 7, *réponſ.* 116, une nourrice qui par ſa faute ou imprudence avoit ſuffoqué l'enfant qu'elle nourriſſoit, fut condamnée à faire amende honorable, au fouet & au banniſſement pour cinq ans, avec défenſe de ne plus alaiter aucun enfant.

Nous ne ſuivons pas non plus les Loix Romaines qui ne puniſſoient pas de mort, mais d'une peine plus légere l'homicide commis par le mari de ſa femme ſurpriſe en adultere, & qui permettoient même au pere de tuer ſa fille ſurpriſe en adultere dans ſa maiſon ou dans celle de ſon gendre, pourvu qu'il tuât en même-tems le complice, *Leg.* 20, 21 *&* 22, *ff. ad Legem Jul. de adulteriis* : car en France le pere de même que le mari ſeroient punis de mort, s'ils n'obtenoient des Lettres de grace, parce qu'il ſuffit qu'il y ait eu un deſſein ou une volonté de tuer, quoique produit par un reſſentiment excuſable ; mais ces Lettres s'accordent dans ce cas.

§. 7. *Imperitia quoque culpæ adnumeratur*, *&c.*

C'eſt une faute & une témérité de ſe mêler de ce dont on n'eſt pas capable, ſoit que l'incapacité vienne de l'ignorance ou de l'infirmité & foibleſſe de celui qui l'entreprend, comme il eſt dit dans ce texte & dans le paragraphe ſuivant ; enſorte qu'on eſt alors reſponſable des dommages qui peuvent en réſulter, toutes les fois que l'ignorance ou l'impéritie peuvent être connues : c'eſt ſur ces principes que les ouvriers & autres artiſans ſont tenus des dommages qu'ils cauſent pour ne pas bien ſavoir leur métier ; ce qui eſt conforme à la Loi 27, §. 33, *ff. ad Legem Aquil.* où il eſt dit que le voiturier eſt reſponſable, ſi ayant mal rangé des pierres ſur ſa charrette, il s'en détache quelqu'une qui cauſe du dommage, & à la Loi 9, §. 5, *ff. locatis* qui décide que le tailleur d'habits ou le foulon ſont tenus, s'ils gâtent par leur ignorance ou par leur faute les habits ou étoffes qu'on leur a confié.

Les Chirurgiens ſont auſſi reſponſables de leur ignorence ou imprudence, quand ils viennent à bleſſer ou à eſtropier quelqu'un, quoiqu'il n'en ſoit pas de même des Médecins; parcequ'il eſt dificile de juger s'ils ont failli par ignorance, à moins qu'il ne parût y avoir dol ou malice, ou quelque choſe trop haſardée de leur part. *Papon, liv.* 23, *titr.* 28 *art.* 1.

Par la même raiſon les Avocats ne ſont pas reſponſables non plus des dommages qu'ils cauſent à leurs cliens par leur faute ou ignorance, d'autant mieux qu'il ſemble que les parties ſont le plus ſouvent en faute d'avoir choiſi un mauvais Conſeil ou un Défenſeur mal habile; l'on peut dire à peu-près la même choſe des Procureurs & des Notaires. Les Procureurs ne ſont en effet reſponſables des dommages que lorſqu'ils viennent à faire des offres ou à donner des conſentemens ſans ordre & ſujets au déſaveu & à l'intimation, ou qu'ils commettent quelque faute groſſiere dans les procédures des décrets; & quant aux Notaires, on juge auſſi qu'ils ne ſont pas tenus des nullités qu'ils commettent dans les actes par eux reçus: cependant les Procureurs & les Notaires étant en titre d'office, *& publicâ autoritate conſtituti*, on peut dire qu'ils ne ſont pas excuſables, s'ils entreprennent des fonctions dont ils ne ſont pas capables.

Les Procureurs & les Notaires, en un mot, ne devroient pas être de meilleure condition que les Juges dont les procédures viennent à être caſſées par quelque nullité qui n'eſt quelquefois que l'effet d'une inadvertance; & qui néanmoins ſont condamnés de les réfaire à leurs dépens, & aux dommages & intérêts envers toutes les parties, conformément à la diſpoſition de l'article 24 du titre 15 de l'Ordonnance de 1670.

TITRE IV.

De Injuriis.

§. 1. *Injurii committitur, non ſolùm cùm quis pugno pulſatus aut verberatus eſt, ſed & ſi cui convicium factum fuerit.*

Le terme d'injure généralement pris s'entend de tout ce qui eſt fait contre le droit, *Leg.* 1, *ff. de injuriis*, mais ici on entend particulierement par ce terme, tout affront, outrage, mépris, ou inſulte, quelle qu'elle ſoit; il y a l'injure réelle qui eſt accompagnée de coups, d'excès, & de mauvais traitemens; l'injure verbale, & les injures par libelles ou par écrit.

Quant à l'injure verbale, c'eſt-à-dire, faite de vive voix, de même qu'à l'égard de l'injure faite par libelles, la vérité de ces injures n'excuſe pas de la peine qu'elles peuvent mériter, en quoi nous ne ſuivons pas la Loi 18, *ff. de injuriis*, de ſorte qu'il ſeroit très-inutile ou plutôt nuiſible de ſoutenir qu'elles

qu'elles contiennent vérité, ou de demander à en faire la preuve ; & de même à l'égard de toute sorte d'injures, les protestations dont on les accompagneroit, ne sauroient exempter de la peine ; au contraire on regarde une injure comme plus grave, quand on l'accompagne de belles paroles, parce que c'est ajouter quelquefois la moquerie à l'insulte : le répentir ni la prompte satisfaction de la part de l'injuriant ne l'excusent pas non plus, & n'éteignent pas l'injure, sur-tout si elle est considérable.

Vel si quis ad infamiam alicujus libellum aut carmen scripserit, ediderit, &c.

Les injures par placards, libelles, écrits, chansons, ou vers satyriques sont plus graves, & par conséquent plus sévérement punies encore que les simples injures verbales, elles peuvent même quelquefois mériter une grieve peine ; cela dépend des circonstances : car la peine de ce délit est arbitraire. L'Ordonnance de Moulins, art. 77, a sévérement défendu tous libelles ou écrits diffamatoires, & l'on est encore plus rigoureux à l'égard des libelles qui choquent, ou les personnes à qui l'on doit du respect & de la déférence, ou le Prince & l'Etat : car en ce dernier cas on condamne même les Imprimeurs en des peines très-grieves. *Vid. La Roche & Graverol, liv. 2, verb. injures, art. 7.*

Il y a plusieurs autres Edits, & entr'autres un de l'année 1571, qui ont défendu, même sous peine de punition corporelle, les libelles, livres, placards, & portraits diffamatoires : car la peinture est quelquefois en ce cas aussi criminelle que la lettre, puisque c'est une parole muette aussi bien que l'écriture.

Quand l'injure est faite par écrit, on peut demander, suivant les circonstances, que les écrits injurieux soient biffés & lacérés par devant un Commissaire, & même que le Jugement qui l'ordonnera, soit affiché, lorsque l'écrit injurieux a été répandu à dessein dans le public.

§. 2. *Patitur quis injuriam non solùm per semetipsum, sed etiam per liberos suos quos in potestate habet, item per uxorem suam*

Le pere, le mari, le beau-pere, peuvent donc agir pour l'injure faite à la femme, au fils ou à la belle-fille ; mais pour ce qui est du pere, l'injure faite à son fils qu'il a en sa puissance, le regarde si fort qu'il peut en poursuivre la réparation, quoique le fils l'eût pardonnée, & que dans le cas contraire le fils ne peut pas agir, à moins qu'il ne fût une personne de considération ou en place, & le pere un homme vil & abjet qui cherchât à retirer quelque utilité d'une transaction ou accord qu'il auroit passé sur l'injure faite à son fils, comme il est dit dans la Loi 17, §. 3, *ff. de nuptiis. Vid. Bœrius, decis. 120.*

Par un Arrêt du 5 mai 1708 rendu en la Chambre-Tournelle du Parle-

ment de Toulouſe, un Eccléſiaſtique, nommé Barrau, fut reſtitué envers une tranſaction par lui paſſée, ſur fait d'injures contre lui commiſes par le nommé Thomas, & ledit Thomas condamné à une réparation publique & en des dommages & intérêts; parce que ce mineur, outre qu'il étoit Eccleſiaſtique, étoit en puiſſance de pere.

§. 6. *Sed ſi libero homini qui tibi bonâ fide ſervit, injuria facta ſit, nulla tibi dabitur actio; ſed ſuo nomine is experiri poterit, niſi in contumeliam tuam pulſatus ſit, tunc enim competit & tibi injuriarum actio.*

Un maître peut agir pour la réparation de l'injure ou mauvais traitemens faits à quelqu'un de ſes ſerviteurs, officiers ou domeſtiques, & cela eſt reçu parmi nous toutes les fois que l'injure *ad contumeliam domini reſpicit*, comme ſi le domeſtique avoit été excédé ou maltraité dans quelque fonction où le maître l'auroit prépoſé & non autrement. *Catellan, liv. 9, ch. 8; & Vedel, ibid.*

Par la même raiſon un homme peut auſſi pourſuivre l'injure faite à ſes Agens, Procureurs, Commis, ou Facteurs, dans le tems qu'ils exécutoient ſon mandat ou ſes ordres, comme l'obſerve *Guypape, quæſt.* 557, qui ajoute que c'eſt auſſi pour cela que l'injure faite aux Huiſſiers, Sergens, ou autres exécuteurs des ordres ou mandemens de Juſtice, eſt cenſée faite à la Juſtice même, & eſt un crime grave; & de-là vient encore que la connoiſſance de cette injure appartient au Juge qui a donné le mandement ou a rendu le Jugement, & non au Juge du lieu où les excès ont été commis.

§. 7. *Pœna autem injuriarum ex Lege XII. Tabularum propter membrum quidem ruptum talio erat.*

La peine du talion en matieres d'injures ou excès, qui fut même abolie chez les Romains, n'a pas lieu non plus aujourd'hui dans ce Royaume, & les peines adjugées au profit de l'offenſé ne conſiſtent qu'en quelque ſatisfaction ou en des dommages & intérêts.

§. 9. *Atrox injuria æſtimatur, vel ex facto, vel ex loco, vel ex perſonâ nonnumquam & locus vulneris atrocem injuriam facit.*

Les injures, comme il eſt dit dans ce texte, deviennent plus graves & méritent d'être plus ſévérement punies, ſuivant les diverſes circonſtances qui les caractériſent, & l'injure d'un ſoufflet, par exemple, ou de coups de canne ou de bâton, eſt plus grave ſans contredit que ne le ſeroient d'autres injures; ainſi il faut conſidérer premierement la qualité du fait ou de l'injure en elle même, comme ſi on a battu, frappé, ou excédé réellement, & de quelle maniere.

Dans le Droit Romain, ſi quelqu'un en ſe jouant avoit frappé ou bleſſé

un autre ; s'il avoit frappé une autre perſonne, croyant que ce fût ſon fils ou ſon eſclave ; ſi voulant frapper quelqu'un, il en avoit frappé un autre qui étoit proche de celui qu'il vouloit frapper, il n'étoit pas tenu d'action d'injures envers celui qu'il avoit frappé ou bleſſé : mais c'eſt ce que nous n'obſervons point ; car parmi nous, dans tous ces cas, il ſeroit dû tout au moins des dommages & intérêts, ſelon les circonſtances.

En ſecond lieu, l'injure eſt plus conſidérable par la qualité du lieu où on a été maltraité, ſavoir, dans une Egliſe, une place, ou autre lieu public ; ou bien par la qualité des perſonnes, comme ſi un Magiſtrat, ou autre perſonne conſtituée en dignité, ont été inſultés ou maltraités par des perſonnes ſouvent au deſſous d'eux ; ou enfin par l'endroit où on a été offenſé, comme ſi on a été frappé ou bleſſé à un œil ou au viſage.

Il y a un Arrêt du 22 janvier 1710 rendu en l'Audience Tournelle du Parlement de Toulouſe, qui condamna en 200 liv. de dommages & intérêts le ſieur Graſſet, ancien Lieutenant de Cavalerie, pour avoir donné deux coups de canne au nommé Courtade, hôte d'un petit village dans le Pays de Barbaſan, ſur ce qu'il prétendoit que cet hôte lui avoit changé le vin.

Autre Arrêt du 18 août 1723, qui condamna la demoiſelle Coutereau, pour avoir inſulté & menacé Me. Danglas, Juge de Maſſillargues, le voyant paſſer le ſoir dans la place, au ſujet d'un procès qu'elle avoit perdu le matin par appointement de ce Juge, à une réparation en préſence d'un Commiſſaire & de quatre perſonnes au choix de Me. Danglas & dans ſa maiſon.

Autre Arrêt en la même Audience le 3 mars 1724, par lequel un Greffier qui dans un Conſeil de Ville avoit donné un démenti à un Juge d'un autre lieu qui n'étoit même dans le Conſeil de Ville qu'un ſimple habitant, & l'avoit traité de voleur, fut condamné à ſe tranſporter dans la Maiſon Commune du lieu, où en préſence des Conſuls & de ſix perſonnes au choix de ce Juge, il déclareroit que témérairement il l'avoit offenſé, & lui en demanderoit pardon.

Autre Arrêt en l'Audience de la Grand-Chambre le 18 mars 1710, en faveur du ſieur Sancholy, Capitoul de la ville de Toulouſe, qui avoit donné un ſoufflet au ſieur Fougaſſe, marchand de bois, parce que celui-ci geſticuloit & faiſoit des menaces de ſa main contre ce Capitoul exerçant les fonctions de ſa charge, par lequel, ſur les procédures reſpectives, les parties furent miſes hors de Cour & de procès.

Autre Arrêt enfin, pour abréger, le 5 juin 1720 en faveur de Claude Grauſtette, Maître Patiſſier & ſixieme Conſul de Montpellier, contre le ſieur Fromigat, Marchand, & la demoiſelle Blanchere ſon épouſe ; ce Conſul avoit fait mettre en priſon dans l'Hôtel Conſulaire par deux Valets de Ville ladite demoiſelle Blanchere, pour inſultes & moqueries par elle

commiſes à ſon égards, tandis qu'il faiſoit ſes fonctions de Police : elle en étoit ſortie le ſoir même, & ayant fait de fauſſes couches ſix ou ſept jours après, tant ſon mari qu'elle avoient formé un procès contre ce Conſul, & demandoient de gros dommages, à raiſon de cet avortement qu'ils attribuoient à l'empriſonnement antérieur ; mais l'Arrêt mit les parties hors de Cour & de procès, dépens compenſés, caſſa même deux Ordonnances de Proviſion qu'elle avoit obtenu du Sénéchal, & ordonna qu'elle les reſtitueroit.

On regarde également comme conſidérables les injures qui ſont faites par un vaſſal à ſon Seigneur, ou par un ſerviteur à ſon maître, ou par un enfant à ſes pere ou mere ; ſur quoi il faut remarquer que, quand pour cauſe de mauvais traitemens les parens ont mis une fois leurs enfans entre les mains de la Juſtice, ils ont beau leur pardonner ou les déclarer innocens, ces déclarations ne ſervent tout au plus qu'à adoucir la peine ou à ſauver la vie à l'accuſé.

On doit remarquer encore que pour empêcher les débats & voie de fait entre les Gentilshommes, ou autres faiſant profeſſion des armes, il a été rendu pluſieurs Réglemens ou Déclarations, & notamment en 1679 & en 1723, contre ceux qui en offenſeroient d'autres, ſoit par des paroles outrageantes, ou par des coups ; & il y a pareillement un Edit du mois de décembre 1704 qui a réglé les peines des injures ou excès entre les Gens de Robe : toutes ces peines ſont ſéveres, & ne ſont pas ſuivies à la rigueur ; celà dépend des circonſtances.

§. 10. *Sciendum eſt de omni injuriâ eum qui paſſus eſt, poſſe vel criminaliter agere, vel civiliter.*

En matiere d'injures la partie offenſée préfere toujours de prendre la voie criminelle ; cependant ſi le fait ne paroît pas grave, & ſur-tout s'il s'agit d'injures verbales ou légeres, les parties ſont tirées d'affaire par le premier Jugement qui eſt rendu ſur les informations, c'eſt-à-dire, que les Juges prononcent ſommairement & définitivement, ſans ordonner une procédure extraordinaire par récolement & confrontation de témoins, laquelle ne doit s'ordonner en effet, ſuivant l'Ordonnance de 1670, titr. 15, art. 1 & 9, que lorſque le délit mérite une peine afflictive ou infamante : ou bien les Juges civiliſent la matiere, & reçoivent les parties en procès ordinaire, en ordonnant que les informations ſeroit converties en enquêtes, ſuivant la même Ordonnance de 1670, titr. 20, art. 3.

Si pour des injures on prenoit ſeulement la voie civile, il faudroit faire aſſigner en réparation celui qui a fait l'injure devant ſon Juge naturel ; au lieu qu'en prenant la voie criminelle, la plainte doit être portée devant le Juge du lieu où l'injure a été faite ou dite, ſuivant l'article 1 du titre 1 de ladite Ordonnance de 1670.

§. 12.

§. 12. *Hæc actio dissimulatione aboletur, &c.*

Je crois que *Boutaric* en cet endroit se trompe, de dire qu'on ne peut pas se plaindre d'une injure qu'on a dissimulé en la recevant, ou dont on n'a pas paru piqué : du reste, parmi nous l'action pour injures réelles dure vingt ans, comme celle des autres crimes.

Mais celle qui compete pour les injures verbales ou même par écrit, ne dure qu'une année : car de telles injures sont facilement censées remises & pardonnées par un pacte tacite, soit quand on les a dissimulées pendant un an, soit par la réconciliation, comme quand on a bu, mangé, ou conversé familiérement avec celui qui a proféré l'injure.

TITRE V.

De Obligationibus quæ quasi ex delicto nascuntur.

Si Judex litem suam fecerit, quia utiquè peccasse intelligitur, licèt per imprudentiam, videtur quasi ex maleficio teneri.

Le Juge qui avoit mal jugé, soit par ignorance, imprudence, ou faute d'application, *litem suam faciebat*, c'est-à-dire, qu'il devenoit responsable du mal jugé, & étoit obligé de défendre & de soutenir son Jugement, tout comme quand il y avoit eu malice ou dessein de nuire, esprit de veangeance ou concussion de sa part, comme on le voit dans ce texte & dans le titre du Code, *de pœnâ judic. qui malè judicavit*; mais quoiqu'on ait suivi jadis dans ce Royaume le Droit Romain à cet égard, on ne le suit plus aujourd'hui en ce point, comme l'observent *Louet & Brodeau, lettre J. chap. dernier*, parce qu'indépendamment du respect dû à la Magistrature, on a considéré qu'il y a d'ailleurs des questions si difficiles à décider, qu'il n'est pas surprenant que les Juges, même les Juges supérieurs, ne reconnoissent pas toujours la vérité : car c'est des Juges supérieurs eux-mêmes qu'il est dit dans la Loi 1, *ff. de appellationibus*, que *nonnumquam benè latas sententias in pejus reformant*, de sorte qu'il n'y a que quelques cas marqués par l'Ordonnance de 1667 où elle a permis d'intimer & de prendre à partie les Juges; 1°. quand les Juges n'ont pas suivi la disposition des Ordonnances, Edits ou Déclarations du Roi, comme il est dit dans le titre 1, art. 8, de ladite Ordonnance de 1667, & ce premier cas n'est pas même observé; 2°. lorsque les Juges retiennent des causes, instances, ou procès, dont la connoissance ne leur appartient pas, & qu'ils refusent de les renvoyer à ceux qui en doivent connoître, comme porte l'article 1 du titre 6 de la même Ordonnance, & ce second cas n'est pas non plus observé; 3°. quand ils évoquent des instances pen-

dantes aux Sieges inférieurs, ſous prétexte d'appel ou de connéxité, & qu'ils ne les jugent pas ſur le champ & définitivement à l'Audience, comme il eſt dit dans l'art. 2 du même titre, & ce troiſieme cas n'eſt pas mieux obſervé que les précédens ; 4°. lorſque les premiers Juges dont il a appel, après deux ſommations à eux faites, ou au Greffe de leur Juriſdiction, refuſent, ou ſont négligens de juger les cauſes ou procès qui ſont en état de recevoir jugement, & pendans devant eux, comme il eſt porté par le titre 25 de ladite Ordonnance de 1667 : ce dernier cas eſt le ſeul qui ſoit obſervé dans l'uſage, & hors de-là on ne peut intimer ou prendre à partie un Juge que lorſqu'on l'accuſe d'avoir mal jugé par dol, c'eſt-à-dire, par faveur pour une partie, par inimitié contre l'autre, ou par avarice & concuſſion, comme il eſt dit dans la Loi 15, §. 1, *ff. de judiciis* ; mais ce ſont-là des faits qu'il faut prouver, & dont la preuve eſt difficile ; encore même a-t-il été défendu par un Arrêt de Réglement du Parlement de Toulouſe du 31 mai 1735, conformément à l'uſage du Parlement de Paris, d'intimer & de prendre à partie les Juges & Officiers de Juſtice en aucun cas, ſans en avoir obtenu au préalable la permiſſion par un Arrêt de ſoit-montré rendu avec M. le Procureur général.

§. 2. *Item is ex cujus cœnaculo vel proprio vel conducto dejectum effuſumve aliquid eſt, cui ſimilis eſt is qui eâ parte quâ vulgò iter fieri ſolet, id poſitum aut ſuſpenſum habet quod poteſt nocere.*

Nous avons déja dit quelque choſe au ſujet des délits ou des dommages cauſés par accident ou par imprudence & ſans le deſſein de nuire ; il eſt encore ici parlé de ce qui eſt jetté d'une maiſon, ou qui en peut tomber & nuire à quelqu'un : celui qui habite la maiſon, ſoit le propriétaire, locataire, ou autre, eſt ſans contredit tenu des dommages cauſés par ce qui eſt jetté ou répandu, ſoit que ce fût lui-même qui l'eût jetté, ou quelqu'un de ſa famille ou de ſes domeſtiques, même en ſon abſence & à ſon inſçu, ſoit de jour ou de nuit ; & outre le dédommagement, on peut même condamner celui qui tient la maiſon en quelque amende pour l'infraction de la police, ſuivant les circonſtances.

Que ſi pluſieurs habitent la même maiſon, chacun ſera tenu ſolidairement de tout le dommage, ſi ce n'eſt qu'on pût connoître qui l'a cauſé, ſoit des maîtres, ou des perſonnes dont chacun doit répondre ; mais ſi leur habitation eſt ſéparée, chacun n'eſt tenu que de ce qui eſt jetté des lieux qu'il occupe : bien plus, quoique le propriétaire ou locataire principal de la maiſon n'en occupe que la moindre partie, & qu'il en loue ou en baille des chambres à d'autres perſonnes, il eſt tenu du fait de ces perſonnes, c'eſt-à-dire, que quoiqu'il paroiſſe de quelle chambre il a été jetté, on peut agir ou contre celui qui l'occupe, ou contre celui qui tient la maiſon, ſauf à celui-ci ſon recours contre l'autre.

De même lorsqu'il y a quelque chose placée à une fenêtre, ou suspendue à un toit, ou autrement, dont la chûte peut causer quelque mal, celui qui tient la maison ou l'appartement, peut non seulement être condamné en l'amende réglée par la Police ou par le Juge pour ce seul fait, quoique la chose ne soit pas tombée; mais encore, outre cette amende, aux dommages qui seront causés, si elle vient à tomber & à nuire à quelqu'un.

Il en seroit autrement, si des tuiles venoient à tomber d'un toit qui fût en bon état, & par l'effet des vents & de l'orage : car le dommage qui pourroit en arriver, étant un cas fortuit, le propriétaire ou le locataire n'en doit pas être responsable, cependant si le toit étoit en mauvais état, celui qui devoit en prendre soin & y pourvoir, pourroit être tenu du dommage, selon les circonstances.

Judex computare debet mercedes medicis præstitas cæteraque impendia, præterea operas quibus caruit aut cariturus est.

L'estimation des dommages & intérêts peut se faire en deux manieres, ou par le Juge même, ou par des Experts à qui le Juge renvoie à le faire, ce qui dépend de la qualité des dommages & intérêts qu'il faut estimer; & cette estimation, de quelque maniere qu'elle se fasse, n'est pas aussi arbitraire qu'on le pense : ainsi à l'égard des personnes qui ont été blessées, estropiées, ou endommagées, il faut leur adjuger ce qu'on estime qu'ils ont dépensé pour se faire penser & médicamenter, & une somme pour les indemniser de ce qu'ils ont perdu du gain qu'ils auroient fait par leur travail ou qu'ils auroient pu faire à l'avenir, comme il résulte même de ce texte.

§. 3. *Item exercitor navis, aut cauponæ, aut stabuli.*

Il n'y a qu'à voir, au sujet des obligations des hôtes, aubergistes, & autres de cette espece, ce que nous avons dit sur le §. 3, du Titre XV. *quibus modis re contrahitur obligatio*, au Livre précédent.

TITRE VI.

De Actionibus.

Actio nihil aliud est quàm jus persequendi in judicio quod sibi debetur.

L'ACTION, comme dit ici l'Empereur Justinien, n'est autre chose que le droit qu'on a de poursuivre en Jugement ce qui nous est dû, & celui qui a ce droit, semble avoir déja, pour ainsi parler, la chose qu'il demande, *ipsam rem habere videtur*, *Leg.* 15, *ff. de regul. jur.* quoique dans le fonds *minus sit actionem habere quàm rem*, *Leg.* 204, *ff. eodem*; & en effet

ſouvent l'action qu'une perſonne a, lui devient inutile & infructueuſe par l'inſolvabilité du débiteur, *nam inanis eſt actio quam inopia debitoris excludit*, *Leg.* 6, *ff. de dolo malo.*

Le nombre des actions dans le Droit Romain étoit limité, & chacune avoit ſon nom propre & particulier, ce qui ſubſiſta même après que les formules de ces actions, comme trop gênantes, eurent été abolies par le titre du Code, *de formul. & impetr. action. ſublat.* mais parmi nous nous n'avons ſimplement que le terme générique d'action ou de demande, qui eſt commun & général pour toutes les actions qu'une partie peut ou veut intenter; l'Ordonnance de 1667, titr. 2, art. 1, exige ſimplement que les citations, ajournemens, ou aſſignations, ſoient libellées, c'eſt-à-dire, qu'elles contiennent les concluſions ou prétentions du demandeur, & ſommairement les moyens ſur leſquels la demande eſt fondée.

§. 1. *Aut enim in rem ſunt, aut in perſonam, &c.*

La principale diviſion des actions eſt en perſonnelles ou réelles, & l'effet en eſt différent : les actions perſonnelles ſont celles qui ſont attachées à la perſonne obligée, & paſſent contre ſes héritiers; de plus, on y conclut toujours à ce que la perſonne obligée ſoit condamnée à bailler ou à faire quelque choſe, *ad dandum vel faciendum. Vid. Loyſeau, du déguerpiſſement, liv.* 2, *chap.* 1.

Les actions réelles au contraire ſont celles qui ſuivent uniquement la choſe ſur laquelle on prétend avoir droit ou propriété, en quelque main qu'elle ſe trouve, de ſorte que l'action n'eſt formée contre le poſſeſſeur qu'à raiſon de ſa détention, & que s'il vient à l'abandonner ou à ceſſer de la poſſéder ſans dol ni fraude, il ſe met à couvert de l'action qui avoit été dirigée contre lui; de plus, dans cette action on conclut, à proprement parler, contre la choſe même, en demandant qu'elle ſoit déclarée nous appartenir, ou nous être affectée & hypothéquée.

Mais il y a encore des actions qu'on appelle mixtes, parce qu'elles tiennent du réel & du perſonnel, comme, par exemple, ſi je demande qu'une telle perſonne ſoit condamnée à me délaiſſer un fonds, & en outre à la reſtitution des fruits qu'elle en a perçu, ou en des dommages & intérêts : car l'action ſera réelle pour ce qui eſt du délaiſſement du fonds, & le poſſeſſeur pourra la faire ceſſer en l'abandonnant; mais elle ſera perſonnelle pour ce qui concerne la reſtiturion des fruits, ou les dommages & intérêts qu'il m'a cauſé, de façon qu'en déguerpuiſſant il demeurera néanmoins perſonnellement obligé envers moi à cet égard. Juſtinien parle de ces actions mixtes dans le §. 20 de ce Titre, où il en donne quelques exemples.

Au reſte, cette diviſion des actions perſonnelles, réelles, & mixtes, eſt néceſſaire à connoître dans l'uſage : parce que l'action réelle doit être intentée devant le Juge du lieu où la choſe contentieuſe qu'on pourſuit,

ſe

ſe trouve ſituée, ſuivant le titre du Code, *ubi in rem actio exerceri debeat*, quoique ſuivant *Vinnius*, *hîc*, §. 1, *n.* 11, & quelques autres Auteurs, elle puiſſe l'être auſſi devant le Juge du domicile du défendeur, au choix & option du demandeur; mais l'action perſonnelle doit toujours s'intenter devant le Juge du domicile du défendeur auſſi bien que l'action mixte, *ob vim perſonalitatis potiorem. Vid. Theveneau ſur les Ordonnances*, *page* 462; *Bornier ſur l'article* 1 *du titre* 4 *des committimus*, *de l'Ordonnance de* 1669.

§. 2. *Æquè ſi agat quis jus ſibi eſſe fondo vel ædibus utendi, fruendi, &c. in rem actio eſt.*

Les actions formées pour raiſon de quelque ſervitude, qui ſont comptées ici au nombre des actions réelles, ſont néanmoins regardées dans l'uſage comme perſonnelles, ou comme mixtes, & de-là vient auſſi qu'elles peuvent, comme toutes les autres actions perſonnelles ou mixtes, être évoquées par ceux qui ont droit de *committimus* pardevant le Juge de leur privilege, comme le remarque *Bornier* ſur l'article 1 du titre 4 de ladite Ordonnance de 1669.

§. 3. *Aliæ ſunt actiones quas Prætor ex ſuâ Juriſdictione comparatas habet.*

La diviſion qui eſt faite ici des actions en civiles & prétoriennes, n'eſt d'aucun uſage en France où l'on s'embarraſſe fort peu de l'origine des actions, ou de ſavoir ſi les unes émanent du droit civil & les autres de l'autorité du Préteur; & nous ne connoiſſons pas non plus la pratique de l'action que l'on appelloit à Rome, *publicienne*, dont il eſt parlé dans le §. 4, introduite en faveur du poſſeſſeur avec titre & bonne foi, pour être réintégré dans la poſſeſſion qu'il avoit perdue : car on lui accorde le droit d'agir pour la révendiquer, tout comme le véritable propriétaire pourroit le faire.

§. 5. *Permittitur domino, ſi poſſeſſor abeſſe deſierit, reſciſſâ uſucapione ita rem petere, &c.*

Nous avons déja remarqué au Livre II. ſur le Titre de *uſucapionibus*, qu'on peut ſans difficulté preſcrire contre une perſonne abſente les actions hypothécaires, & nous avons dit encore ſur le §. 13, du même Titre qu'on peut également preſcrire contre les abſens la propriété par trente années; il n'y a en effet que l'abſence hors du Royaume pour le ſervice du Roi & par ſes ordres qui a ce privilege, que de ſuſpendre & d'interrompre les preſcriptions, conformement à l'Ordonnance de 1667, titr. 27, art. 14, ce qui n'eſt pas même ſuivi par la Juriſprudence des Arrêts.

D'un autre côté les abſens peuvent auſſi peſcrire en leur faveur, nonobſ-

tant leur abſence, *Leg.* 21, §. 1, *& Leg. ſequent. ff. ex quibus cauſis major.* ainſi qu'il eſt marqué par *Vinnius* ſur ce texte, *n.* 4, d'autant que les abſens peuvent poſſéder par autrui, & que d'ailleurs pour pouvoir retenir la poſſeſſion & preſcrire, il ſuffit même quelquefois d'avoir *animum poſſidendi*; comme il réſulte du §. *poſſidere* 5, *infr. de interdictis*; mais nous ne pratiquons point cette action reſciſoire dont il eſt ici parlé, pour interrompre la preſcription à l'égard des abſens & la leur rendre inutile, d'autant mieux que cette action fut abolie même par la Loi 2, *cod. de annali except.* où il eſt parlé des moyens dont on doit ſe ſervir contre les abſens pour interrompre leur preſcription; & nous nous conformons à l'Ordonnance de 1667, titr. 2, art. 8 & 9, qui permet d'aſſigner les abſens à leur dernier domicile, & veut que s'ils n'ont eu aucun domicile connu, on puiſſe les aſſigner par un ſeul cri public au principal Marché du lieu de l'établiſſement du Siege où l'aſſignation leur eſt donnée, ſans qu'il ſoit beſoin d'aucun procès verbal de perquiſition, l'exploit devant ſeulement être paraphé par le Juge des lieux dans ce dernier cas.

§. 6. *Item ſi quis in fraudem creditorum rem ſuam alicui tradiderit, &c.*

Pour empêcher les fraudes des débiteurs à l'égard de leurs véritables créanciers, le Droit Romain avoit introduit l'action Paulienne dont il eſt ici parlé, ainſi appellée du nom de celui qui l'avoit imaginée, & par laquelle toutes les aliénations qu'un débiteur avoit fait en fraude de ſes créanciers, étoient révoquées de plein droit, de maniere que ſi les aliénations étoient à titre lucratif & de pures libéralités, la révocation avoit lieu, quoique celui qui avoit reçu la libéralité, n'eût point été participant de la fraude, &, eût été dans la bonne foi: au lieu que ſi les aliénations étoient à titre onéreux, elles n'étoient révoquées qu'autant qu'on faiſoit voir que celui à qui elles avoient été faites, avoit participé à la fraude; mais parmi nous l'Ordonnance de 1673, titr. 11, des faillites & banqueroutes, art. 4, n'uſe à ce ſujet d'aucune diſtinction: elle déclare nuls tous tranſports, ceſſions, ventes & donations, ſoit des meubles ou des immeubles faites par le débiteur en fraude de ſes créanciers, & veut que le tout ſoit rapporté à la maſſe commune; en un mot, il ſuffit qu'il y ait de la fraude pour les annuller; mais la difficulté conſiſte le plus ſouvent à découvrir cette fraude: car il n'eſt pas aiſé de donner là-deſſus des regles certaines. *Voyez ce que nous avons dit à cette occaſion ſur le Titre VI.* §. 3, *du Livre premier.*

Il faut remarquer que, ſuivant le Droit Romain, les débiteurs pouvoient négliger d'acquérir, ſans que les créanciers puſſent s'en plaindre: car l'action Paulienne n'avoit lieu qu'à l'égard du débiteur qui diminuoit ſon patrimoine, mais non pas à l'égard du débiteur *qui recuſabat adire hæreditates, amittebat legata, vel ſimilia, Leg.* 6, *ff. quæ in fraudem creditor. Dolive, liv.* 5, *chap.* 29, *& ſuiv.* Il en eſt pourtant autrement en France,

où, à cause de la maxime, *le mort saisit le vif*, tout héritier ou légataire étant d'abord saisi, il ne peut, ce semble, renoncer ou répudier, sans diminuer effectivement son patrimoine; de sorte que dans ce Royaume les débiteurs ne peuvent pas, au préjudice de leurs créanciers, omettre ou répudier les successions, hérédités, légats, non plus que leur légitime, supplément de légitime, ou autres droits, & s'ils le font, les créanciers ont la faculté d'accepter à leurs périls & risques, & de demander lesdits légats, successions, ou légitime, au lieu & place du débiteur qui y renonce. *Dolive, liv. 5, chap. 29; Catellan, liv. 2, chap. 69; Louet & Brodeau, lettre R. chap. 19, 20 & 21.*

Encore une fois les créanciers peuvent exercer tous les droits de leurs débiteurs, même de son vivant & malgré lui, si l'on en excepte les actions rescisoires qui vont *contra fidem præstitam*, comme le Velleyen, ou celles pour lesquelles il faut recourir à un remede extraordinaire, à moins que le débiteur n'eût préparé lui-même l'action; ils peuvent exercer l'action en rescision par lésion d'outre moitié du juste prix contre l'acheteur des biens fonds de leur débiteur, quand même ils seroient créanciers postérieurs au contrat de vente, opposer la prescription dont leur débiteur ne voudroit pas se servir, & ainsi du reste.

Il est vrai qu'on avoit jugé jusqu'à présent que le grévé d'une substitution pouvoit au préjudice de ses créanciers, & sans qu'ils eussent droit de s'en plaindre, renoncer à la jouissance du fidéicommis dont il étoit chargé, & en anticiper la restitution, *obmissâ etiam trebellianicâ*, sur ce prétexte que la restitution anticipée ne contenoit aucune libéralité, & qu'au contraire le grévé ne faisoit que remplir plus parfaitement les vues du testateur, *Dolive, liv. 5, chap. 29; Catellan & Vedel, liv. 2, chap. 45; Boutaric, Instit. pag. 536*; mais l'Ordonnance des Substitutions du mois d'août 1747, titr. 1, art. 42, a corrigé cette Jurisprudence, du moins quant aux fruits dont l'héritier se dépouille par anticipation: car elle a décidé que la restitution du fidéicommis faite avant le tems de son échéance, ne pourra pas empêcher que les créanciers du grévé antérieurs à cette remise ne puissent exercer sur les biens substitués les mêmes droits & actions que s'il n'y avoit pas eu de restitution anticipée, & ce jusqu'au tems où le fidéicommis devoit être rendu, voulant que cela ait lieu à l'égard même des créanciers chiroraphaires dont les créances auroient acquis une date certaine avant ladite remise; & l'article 43 qui suit, ajoute que la restitution anticipée du fidéicommis ne pourra pas nuire non plus à ceux qui auroient acquis des biens substitués de la main de celui qui aura fait ladite restitution, mais qu'ils en demeureront possesseurs, & ne pourront être évincés par celui auquel elle aura été faite qu'après le tems auquel le fidéicommis auroit dû lui être restitué; ce qui a dérogé encore sur ce point à la Jurisprudence

du Parlement de Toulouse remarquée par *Dolive*, *liv.* 5, *chap.* 29; & par *Boutaric*, *ibid.*

§. 7. *Servianâ experitur quis de rebus coloni quæ pignoris jure pro mercedibus fundi ei tenentur.*

On ne s'embaraſſe pas en France du nom des actions Serviennes ou quaſi-Serviennes, mais on y ſuit par-tout la diſpoſition des articles 161 & 171 de la Coutume de Paris, ſuivant laquelle le propriétaire, ſoit d'une maiſon, ſoit d'un bien fonds de la campagne, eſt préféré pour les loyers ou fermages qui lui ſont dûs à tous autres créanciers, ſur les meubles de ſon locataire trouvés dans la maiſon ou fonds affermé, enſorte qu'il a même le droit de ſuivre leſd. meubles, quand ils auroient été ſaiſis & tranſportés ailleurs à la pourſuite d'autres créanciers, pour être le premier payé de ſes loyers, juſqu'à ce qu'ils aient été vendus & délivrés d'autorité de Juſtice.

Et non ſeulement les meubles & effets des locataires, mais même ceux des ſous-locataires qui ont été apportés dans la maiſon, ſont ſpécialement obligés pour le payement des loyers, de façon pourtant que le propriétaire n'a de privilege & de préférence ſur les meubles des ſous-locataires que pour les loyers des appartemens que ceux-ci occupent, & non pour les loyers de l'entiere maiſon. *Vid. la Coutume de Paris*, *art.* 162.

Au ſurplus, ce privilege ſur les meubles & effets apportés par les locataires ou fermiers eſt accordé, diſons-nous, conformément à l'article 171 de la Coutume de Paris, aux propriétaires des fermes & maiſons des champs, tout comme aux propriétaires des maiſons des villes : au lieu qu'à l'égard des fermes de la campagne, le Droit Romain reſtraignoit le privilege du propriétaire aux fruits qui ſe recueilloient dans la ferme, & ne l'étendoit pas aux meubles, uſtenſiles, & effets apportés dans la ferme, à moins qu'ils n'y euſſent été apportés par la volonté ou l'ordre du maître, *Leg.* 5, *cod. de locato*, ce qui faiſoit ſuppoſer une convention ou un pacte pour l'hypotheque privilégiée ſur leſdits meubles; mais parmi nous la connoiſſance ou la volonté du maître dans le tranſport des meubles eſt toujours préſumée : auſſi l'Ordonnance de 1667, titr. 33, art. 16, affecte par exprès les beſtiaux & uſtenſiles des fermes pour ce qui eſt dû au propriétaire, à raiſon de ſes fermages.

On préfere néanmoins aux loyers ou fermages, ſur l'exécution & vente des meubles, les frais de Juſtice, frais funéraires, & ceux de la derniere maladie du locataire, s'il n'y a pas d'autres meubles ou effets pour les acquitter; mais les Auteurs ſont fort partagés ſur le point de ſavoir, ſi le propriétaire pour ſes loyers eſt préférable, ſur les meubles & effets du locataire trouvés dans la maiſon, à la femme répétant ſa dot, ſur-tout ſi leſdits meubles appartiennent à la femme, & je penſe qu'il faut, conformément à la déciſion de *Catellan*, *liv.* 5, *chap.* 2, préférer le propriétaire

faire à la femme, ou à un étranger auquel lesdits meubles appartiendroient.

Pour ce qui est des fruits provenant des fonds, le propriétaire y a sans contredit une hypotheque privilégiée avant tous créanciers pour le prix de ses fermages, tant pour le courant de la ferme que pour les arrérages qui lui seroient dûs, après la semence toutefois & les tailles, & pour ces arrérages il est même alloué du jour du contrat de bail dans la distribution des biens du fermier, & non année par année, suivant *Catellan*, *livre* 6, *chapitre* 10.

Quasi-serviana actio est, quâ creditores pignora hypothecasve persequuntur.

L'hypotheque, comme l'a remarqué *Loyseau*, *traité des offices*, *liv.* 3, *chap.* 5, *n.* 18, a trois effets, suivant les différentes personnes contre qui elle peut être exercée; le premier contre le débiteur obligé, pour faire saisir & vendre la chose hypothéquée, & à employer les deniers au payement du créancier; le second contre les créanciers postérieurs, pour être préféré à eux sur le prix de la vente; & le troisieme contre le tiers acquéreur de la chose hypothéquée, pour l'obliger à la délaisser ou à payer la somme due : ainsi les créanciers ont droit de suivre par hypotheque les biens de leur débiteur, qui leur sont affectés & hypothéqués; mais au lieu que le droit Romain, comme il est dit dans ce §. accordoit cette poursuite, tant à l'égard des meubles que des immeubles du débiteur qui avoient passé entre les mains d'un tiers, nous tenons au contraire en France pour maxime, que les meubles, sitôt qu'ils sont hors de la possession du débiteur, ne peuvent plus être suivis par hypotheque, comme nous l'avons observé ci-devant sur le Titre *de rerum divisione*, §. 41, & sur le Titre *quibus modis re contrahitur obligatio*, §. 4.

Quant aux biens immeubles du débiteur par lui aliénés, les créanciers sont en droit de les suivre par hypotheque, & de les faire saisir entre les mains des tiers possesseurs; mais 1°. le créancier avant d'agir contr'eux, doit régulierement discuter les biens libres & extans de son débiteur, s'il y en a, suivant la Novelle 4, *chap.* 4, & l'authentique, *hoc si debitor*, *cod. de pignorib. & hypothec.* ensorte que, tant qu'il y a des biens libres, le créancier ne peut pas dans les regles exécuter un tiers possesseur qui les lui indique, & cette indication est toujours reçue, à condition par le tiers possesseur d'en être garant envers le créancier; mais s'il n'y a pas de biens libres, & si les biens hypothéqués ont été aliénés à plusieurs personnes & en divers tems, le créancier peut agir hypothécairement contre celui des tiers acquéreurs qu'il trouve à propos, auquel cas cet acquéreur peut faire rejetter l'exécution sur les biens que le débiteur a aliénés en dernier lieu, ou bien étant évincé, exercer son recours & son action sur le postérieur

acquéreur, tout comme l'évinçant auroit pu le faire; enſorte que par-là les derniers acquéreurs ſe trouvent toujours à découvert.

2°. Il faut encore, pour que le créancier puiſſe agir contre les tiers acquéreurs de ſon débiteur, que ceux-ci n'aient pas preſcrit ſon hypotheque par une jouiſſance paiſible & de bonne foi durant dix ou vingt ans, comme je l'ai montré au commencement du Titre *de uſucapionibus*.

Le tiers acquéreur qui a acquis du mari, preſcrit auſſi par le laps de dix années l'hypotheque de la dot de la femme, tout comme les autres hypotheques; mais les dix ans alors ne commencent à courir & ne ſe comptent que du jour que la femme a pu agir pour la répétition de ſa dot, c'eſt-à-dire, depuis la mort du mari, ou depuis la ſaiſie générale des ſes biens, ou depuis ſa ſéparation de biens d'avec ſon mari.

At eam quæ ſine traditione nudâ conventione tenetur.

Nous avons déja dit ailleurs qu'en France l'hypotheque ne s'acquiert que par les contrats publics, ou par Jugemens & Arrêts, ou par l'aveu & reconnoiſſance des écritures privées, ce qui n'empêche pas qu'il n'y ait encore des hypotheques tacites ou légales qui ont lieu du jour qu'elles ſont accordées par la Loi, comme, par exemple, l'hypotheque tacite qui eſt donnée aux pupilles ou mineurs ſur les biens de leurs tuteurs ou adminiſtrateurs, du jour que l'adminiſtration a commencé, & pluſieurs autres ſemblables.

§. 9. *De conſtitutâ pecuniâ, cùm omnibus qui ſoluturos ſe conſtituerint, nullâ ſtipulatione interpoſitâ.*

L'action que le Droit Romain appelloit *de conſtitutâ pecuniâ*, avoit été introduite à cauſe que la convention des parties qui n'étoit pas revêtue des formalités de la ſtipulation, ne produiſoit tout au plus qu'une exception & jamais une action légitime; mais tout cela eſt inutile parmi nous, où l'on ne met aucune différence entre le pacte, la convention, ou la ſtipulation, comme nous l'avons déja obſervé au commencement du Titre *de verborum obligationibus*.

§. 10. *Actiones de peculio adversùs patrem.*

Les actions *de peculio* peuvent être de quelque uſage tout au plus dans les Pays de Droit Ecrit; encore même *Vinnius* remarque ſur ce texte, que le pere ne peut être obligé pour les contrats paſſés par le fils que ſur le pécule profectice, que ces actions n'ont pas lieu à l'égard des autres eſpeces de pécule, & que le pere n'eſt pas même tenu à raiſon des délits de ſon fils.

§. 11. *Item si quis, postulante adversario, juraverit.*

Les Loix Romaines donnent au ferment déféré & prêté la même force qu'à une transaction & à un Arrêt, *Leg.* 2, *ff. de jurejurando*, & veulent même que le parjure, quoique découvert, soit à l'abri de recherche, *Leg.* 31, *ff. eodem*, *Leg.* 21, *ff. de dolo*, *Leg.* 1 *&* 2, *cod. de rebus credit.* cependant on ne s'en tient pas là : car lorsque la partie est en état de prouver le parjure par des actes authentiques & nouvellement découverts, on ne laisse pas profiter impunément celui qui a juré à faux, du fruit de son parjure, *Vid. Brodeau sur Louet, lettre S. chap.* 4 ; *Faber en son Code, lib.* 4, *tit.* 1, *definit.* 2 *&* 24 ; & cela a été jugé en effet ainsi par un Arrêt du Parlement de Toulouse du 30 août 1732, en la seconde Chambre des Enquêtes, entre le sieur Deleuse & le sieur Astruc, celui-ci ayant même été condamné pour son parjure dans une simple audition cathégorique, lequel fut ensuite vérifié par pieces, en 5 liv. d'aumônes, & aux entiers dépens du fonds du procès, quoique par l'Arrêt qui avoit été rendu la veille, il n'eût été condamné qu'en la moitié.

§. 12. *Pœnales actiones Prætor multas introduxit.*

Tout ce qui est dit dans ce paragraphe & dans les quinze suivans, est inutile, & ne trouve aucune application à ce qui s'observe dans ce Royaume.

§. 28. *Actionum quædam bonæ fidei sunt, quædam strictis juris, &c.*

Nous n'avons pas reçu en France cette différence qui est faite ici des actions de bonne foi & de celles qui sont de droit étroit, parce que la bonne foi doit regner par-tout ; c'est pourquoi les Juges, & principalement ceux des Cours souveraines, suivent toujours dans le jugement des affaires ce qui leur paroît le plus équitable : il semble même que cette différence d'entre les actions fut emportée & abrogée par l'Empereur Constantin dans la Loi *placuit*, *cod. de judiciis* ; & tout ce qu'on peut dire, c'est que les actions & les affaires qui sont comptées dans ce paragraphe au nombre de celles de bonne foi, en requierent encore, pour ainsi dire, une plus parfaite.

§. 29. *Præferri autem aliis creditoribus tunc censuimus, cùm ipsa mulier de dote experitur.*

Justinien parle en cet endroit de l'hypotheque privilégiée de la femme sur les biens de son mari pour la répétition de sa dot : car indépendamment de l'hypotheque tacite qu'il lui avoit accordée dans la Loi unique, *cod. de rei uxoriæ action.* il a voulu encore par la Loi *assiduis*, *cod. qui potior. in pign. hab.* que la femme, pour la restitution de sa dot, fût pré-

férée à tous les créanciers de ſon mari même antérieurs à ſon contrat de mariage, privilege extraordinaire & qui n'a lieu auſſi que dans le reſſort du Parlement de Toulouſe; car on ne l'admet pas dans les autres Parlemens de ce Royaume. *Vid. Dolive, livre* 3, *chapitre* 35; *Catellan, livre* 6, *chapitre* 3.

On exige pourtant au Parlement de Toulouſe, pour donner le privilege & préférence dont il s'agit à la femme, que le contrat de mariage ſoit public: car il fut jugé par un Arrêt du 7 juin 1719, entre les demoiſelles Heral & le ſieur Nougaret, que des pactes privés de mariage n'avoient aucun privilege ni hypotheque que du jour de l'aveu, & ne pouvoient porter le moindre préjudice à aucun des créanciers antérieurs à cet aveu.

On excepte encore au Parlement de Toulouſe quelques dettes favorables qu'on alloue avant la dot de la femme, comme, par exemple, la capitation, les tailles & deniers royaux, les cenſives & droits ſeigneuriaux, les frais funéraires & de la derniere maladie du mari; les habits de deuil de la veuve, comme faiſant partie des frais funebres; les réparations, le précaire, le dépôt; le reliqua de tutelle dû par le mari, ſi la donation de tutelle étoit antérieure au mariage; & enfin les créanciers hypothécaires, quoique non privilégiés, qui ont dénoncé leur créance à la fiancée par acte de main publique, ou par un exploit fait avant la célébration du mariage, que l'on a jugé juſqu'à préſent devoir être fait en parlant à elle-même en perſonne, *Graverol ſur La Roche, liv.* 2, *verb. dot, art.* 1; *Catellan, liv.* 4, *chap.* 35; mais du reſte, la dénonce ne ſerviroit de rien à un ſimple créancier cédulaire, quand même depuis le mariage le billet ou cédule auroit été converti en acte public, comme il a été jugé par un Arrêt du Parlement de Toulouſe du mois d'août 1707.

La dénonce eſt proprement le ſeul moyen que les créanciers du mari antérieurs au mariage ont dans ce Reſſort pour conſerver leur rang & ordre d'hypotheque contre la femme; & lorſqu'il y a des créanciers qui ont dénoncé leur hypotheque à la femme, & d'autres qui ne l'ont pas fait, la regle eſt qu'on alloue à la vérité la femme au premier rang avant tous les créanciers, & enſuite leſdits créanciers, chacun ſuivant ſon rang; mais on ordonne en même tems que l'allocation de la femme cédera au profit du créancier qui a fait la dénonce, duquel la femme prend la place, tandis qu'il prend celle de la femme: il eſt vrai qu'en réglant ainſi les choſes, la femme peut être expoſée au danger de perdre ſa dot, parce qu'il peut arriver que le créancier qui a fait ſa dénonce, eſt des plus réculés; & c'eſt pourquoi pour éviter cet inconvenient, la femme n'a d'autre reſſource alors que de payer ce créancier qui a uſé de dénonce. *Vid. Catellan, liv.* 4, *chap.* 33.

Il y a cependant divers cas qui équipollent à une dénonce, & où elle n'eſt pas néceſſaire, comme quand une femme a contracté mariage avec

un

un homme dont les biens étoient généralement saisis ou en distribution, ou qui étoit détenu en prison pour dette à la requête du créancier ; elle n'est pas non plus nécessaire de la part des enfans d'un premier lit pour ce qui peut leur être dû du chef de leur mere, parce que la seconde femme ne peut pas avoir ignoré le précédent mariage ; ni de la part des légitimaires, freres ou sœurs du mari : car on sépare même d'office les patrimoines du mari & de son pere, pour allouer les légitimaires sur la vente séparée des biens du pere, afin qu'ils puissent être payés avant la dot de la femme, comme n'ayant proprement & uniquement son privilege par la Loi *assiduis*, que sur les biens de son mari ; cette séparation d'office fut ordonnée en effet par l'Arrêt du 10 Septembre 1743, rendu dans la cause du nommé Armande, dont nous avons parlé ailleurs, en faveur des sœurs dud. Armande.

Néanmoins par la Jurisprudence du Parlement de Toulouse, le privilege que la femme a à raison de sa dot par la Loi *assiduis*, sur les biens de son mari, quoique tout-à-fait extraordinaire, a été étendu & lui compete par une conséquence encore plus extraordinaire sur les biens de son beau-pere, dans le cas où il est déclaré responsable de la dot de sa belle-fille ; c'est-à-dire, lorsqu'il l'a reçue ou reconnue, ou que son fils non émancipé l'a reçue ou reconnue de son consentement ou du moins en sa présence. *Vid. Maynard, liv. 2, chap. 51 ; Dolive, liv. 5, chap. 35, pag. 533 ; Catellan, liv. 4, chap. 10 & 11* : il y a beaucoup d'inconvéniens cependant, & très-peu de justice d'accorder tous ces privileges aux femmes.

Au reste, ce privilege de préférence dont nous venons de parler, & fondé sur ladite Loi *assiduis*, est personnel à la femme répétant sa dot, & ne passe qu'à ses enfans ou descendans, *jure filiationis* ; *Dolive, liv. 2, chap. 23*. C'est pourquoi on juge que le créancier de la femme ne peut pas, même durant sa vie, & en exerçant ses droits, user de ce privilege malgré elle pour faire allouer sa dot avant les créanciers antérieurs au contrat de mariage ; mais on juge aussi que si la femme en faisant une cession de ses cas dotaux s'oblige de la faire valoir, le cessionnaire, quoiqu'étranger, est fondé à demander l'allocation privilégiée de la dot, parce qu'il y va de l'intérêt de la femme, à cause de la garantie à laquelle elle se trouve obligée. *Vid. Dolive, liv. 3, chap. 23*.

Hors de-là, le privilege de préférence dont il s'agit, ne passe pas aux héritiers étrangers de la femme, ce qui s'entend, lorsque la femme est décédée sans avoir fait aucune demande de sa dot en Justice : car si elle avoit commencé avant sa mort l'instance pour la répétition de sa dot, son privilege passe alors à ses héritiers ou ayans cause, quoiqu'étrangers.

Par la Jurisprudence des Arrêts des Cours supérieures, la femme a encore un autre privilege, c'est celui de pouvoir répéter subsidiairement, c'est-à-dire, en défaut des biens libres du mari, sa dot & son augment avec les intérêts sur les biens substitués que son mari étoit grévé de rendre ; il est

vrai que dans quelques Parlemens *ce recours* subsidiaire n'étoit accordé à la femme que lorsqu'il s'agissoit d'une substitution faite par un ascendant du mari, & non lorsque la substitution avoit été faite par un étranger ou un collatéral, *Maynard*, *liv.* 3, *ch.* 18; *Catellan*, *liv.* 4, *ch.* 44; mais l'Ordonnance des Substitutions de 1747, tit. 1, art. 44, 45, 46 & 53, a voulu qu'il eût lieu dans le cas même des substitutions faites par des collatéraux ou par des étrangers, pourvu néanmoins qu'elles se trouvent faites en faveur des enfans du grévé de substitution, ou en faveur d'une autre personne, au cas que le grévé vienne à décéder sans enfans; parce qu'en effet, il est évident dans tous ces cas que le testateur a entendu que son héritier qu'il chargeoit d'un fidéicommis, peut néanmoins se marier, & par conséquent reconnoître & assurer une dot & un augment, & pourvu encore, à l'égard de l'augment, qu'il ne soit pas plus fort que le *tiers de la dot; mais ce privilege de recours* dont nous parlons sur les biens substitués, n'est pas personnel à la femme, car il passe tant à ses enfans qu'à ses successeurs ou ayans cause étrangers, & même à ses créanciers, encore que la femme n'eût pas préparé l'action avant sa mort. *Vid. Catellan*, *liv.* 4, *chap.* 44, *& l'Ordonnance des substitutions*, *tit.* 1, *art.* 54.

Les Arrêts ont encore accordé à la femme le privilege de pouvoir répéter subsidiairement, & en défaut des biens libres du mari, sa dot & son augment sur les biens donnés à son mari dans leur contrat de marige, lorsque ces biens font retour au parent donateur par le prédécès du mari donataire sans enfans, comme nous l'avons dit ci-devant sur le Titre *de donationibus*, §. 2, *in fine*; mais le privilege de cette répétition subsidiaire n'est donné qu'à la femme elle-même, & n'est pas transmissible; de sorte que la femme étant aussi décédée, ses héritiers, en tant qu'étrangers, ne jouissent pas de ce privilege. *Dolive*, *liv.* 4, *chap.* 8, *nov. addit.*

Avant l'Ordonnance des donations du mois de février 1731, les femmes jouissoient encore d'un autre privilege; c'est-à-dire, de pouvoir répéter subsidiairement leur dot & augment sur les donations faites à leur mari dans le contrat de mariage, quoique ces donations vinssent ensuite à être révoquées par la survenance d'enfans au donateur. *Vid. Boutaric*, *Inst. pag.* 541. Mais aujourd'hui la femme ne jouit plus de ce privilege, qui lui a été ôté par l'art. 42, de ladite Ordonnance, laquelle a voulu même qu'il n'eût pas lieu, quand bien le donateur se seroit obligé comme caution à l'exécution du contrat de mariage.

§. 32. *Curare autem debet Judex, ut, quantùm possibile est, certa pecunia vel rei sententiam ferat.*

Les Jugemens n'ayant pour objet que de terminer le plus promptement les contestations des parties, il est nécessaire qu'ils contiennent une condamnation ou absolution certaine, autant qu'il est possible, & qu'ils ne renferment ni incertitude ni ambiguité; c'est aussi dans la vue d'abréger les

procès qu'il eſt porté par l'Ordonnance de 1667, tit. 26, art. 6, que toutes Sentences, Jugemens, ou Arrêts rendus ſur les productions des parties, qui condamneront à des intérêts ou à des arrérages, en contiendront auſſi le calcul & la liquidation; ce qui pourtant ne s'obſerve guere que lorſque la liquidation en a été nommément demandée par un libelle; c'eſt pour cela encore que dans les Juriſdictions inférieures les Jugemens doivent contenir la liquidation des dépens adjugés, ſuivant l'article dernier du tit. 31, de la même Ordonnance.

§. 33. *Si quis agens intentione ſuâ plus complexus fuerit quàm ad eum pertinebat, cauſa cadebat, &c.*

Ce qui eſt dit dans ce paragraphe, n'eſt point obſervé, & c'eſt au contraire une maxime certaine que le titre du Code, *de plus petitionibus*, n'a pas lieu en France; de ſorte que, quoiqu'une partie demande plus qu'il ne lui eſt dû, ou ait fait ſaiſir pour une plus grande ſomme que celle qui lui eſt véritablement due, le défenſeur ſera toujours condamné à payer ce qu'il doit effectivement, & même aux dépens de l'inſtance, s'il ne fait pas d'abord des offres de ce qui eſt par lui dû; & s'il fait des offres qui ſoient trouvées bonnes & valables, le demandeur qui malgré cela ſe ſera obſtiné à plaider, ne ſera néanmoins lui-même condamné qu'aux dépens : il faut dire à peu-près la même choſe à l'égard des créanciers qui demandent plus qu'il ne leur eſt dû, non en quantité, mais par rapport au tems, au lieu, ou à la cauſe.

§. 34. *Si minùs intentione ſuâ complexus fuerit actor Judex nihilominùs in reliquum adverſarium condemnat.*

Ceci n'eſt pas non plus obſervé, ſi l'on entend par-là que les Juges puiſſent d'office condamner une partie qui devroit, par exemple, cent piſtoles, mais à qui on ne demanderoit que 500 liv. à payer l'entiere ſomme de cent piſtoles, ce ſeroit un *ultrà petita* évident; de façon qu'une Sentence qui auroit ainſi adjugé plus qu'il n'étoit demandé, ſeroit caſſable, & un Arrêt pourroit ſur ce même moyen être emporté par la voie de la Requête civile, ſuivant l'article 34 du titre 35 de l'Ordonnance de 1667.

Tout au plus le Juge peut-il ſuppléer le droit qui a été omis d'être propoſé par une partie, *Leg. unic. cod. ut quæ deſunt advoc. part. Jud. ſup.* mais il ne peut pas ſuppléer les faits ni la preſcription, & autres fins de non-recevoir ſemblables, encore qu'il en apparoiſſe par les pieces du procès : il faut pourtant excepter les cas où il s'agiroit des délais fixés par les Ordonnances pour ſatisfaire à certains devoirs, comme du terme de dix années réglé pour le tems des reſtitutions ou reſciſions : car le Juge devroit débouter celui qui ne ſe ſeroit pourvu qu'après les dix années, quoiqu'on ne le lui oppoſât pas, parce qu'il doit juger ſuivant les Ordonnances.

qui forment un Droit public. *Vid. l'art.* 6, *du titr.* 1, *de l'Ordonnance de* 1667.

§. 35. *Si quis aliud pro alio intenderit, errorem ſuum corrigere ei permittitur.*

On peut en tout état de cauſe corriger, comme l'on dit communément, ſes libelles & ſes demandes, *Leg.* 3, *de edendo*, on le peut même en cauſe d'appel, pourvu que le tout ſe faſſe ſans qu'il en réſulte aucun dommage pour ſa partie; car autrement on pourroit être condamné envers elle aux dépens fruſtres : il faut encore que la correction ne tombe pas dans le cas d'un véritable déſiſtement, qui entraîneroit la condamnation du déſiſtant en tous les dépens juſqu'au jour du déſiſtement.

§. 36. *Sunt quædam actiones quibus non ſemper ſolidum quod nobis debetur, perſequimus.*

Il eſt parlé dans ce paragraphe & dans les deux ſuivans de ce qu'on appelle en Droit le bénéfice de compétence, en vertu duquel il y avoit certaines perſonnes qui avoient le privilege de ne pouvoir être actionnées que *in quantum facere poterant*, tels que le mari, le pere, le donateur, l'aſſocié, le ſoldat, &c. mais nos Auteurs François remarquent que cela eſt abrogé parmi nous, & qu'un créancier eſt toujours en droit de demander une condamnation entiere de ce qui lui eſt dû, quoiqu'il ſoit vrai d'ailleurs qu'il y a des débiteurs auſquels on ſeroit obligé de fournir les alimens, ſi par la condamnation obtenue contr'eux ils ſe trouvoient réduits à la pauvreté, tels qu'un pere, un mari, un donateur univerſel auquel il ne reſteroit rien pour vivre.

Les Bénéficiers & Eccléſiaſtiques, pour les fruits & revenus de leurs Bénéfices, jouiſſent encore de ce privilege, que leur créancier qui les fait ſaiſir, doit leur en laiſſer annuellement une portion ſuffiſante pour vivre, *ne mendicare cogantur*, *Catellan*, *liv.* 6, *chap.* 23, *in fine* : ainſi par un Arrêt du Parlement de Toulouſe rendu, moi plaidant, le 27 janvier 1725, entre les héritiers du ſieur Fabre de la la ville d'Uſés, & Me. François Brunel, Prêtre & Chapelain de l'Egliſe Saint Etienne de ladite ville, il fut accordé à ce Chapelain 200 liv. de penſion ſur les fruits de ſon Bénéfice, payables par préférence à la créance deſdits héritiers juſqu'à leur entier rembourſement.

§. 39. *Compenſationes quoque oppoſitæ, &c.*

La compenſation d'une dette avec une autre ſe fait de plein droit *uſque ad concurrentes quantitates* : car quoiqu'elle ne puiſſe pas être ſuppléée par le Juge, néanmoins étant oppoſée par la partie & admiſe par le Juge, il la déclare s'être faite de plein droit du jour que les parties ſe ſont reſpectivement

pectivement dues ; enſorte que dès ce jour elle a force de payement, & que les intérêts de la dette ou de la portion de dette compenſée ceſſent de courir depuis ledit jour, quand même l'une des dettes porteroit intérêt de ſa nature & que l'autre n'en porteroit pas, *Leg.* 4, *& Leg. ult. cod. de compenſat.* mais il faut pour que la compenſation puiſſe ſe faire, que les ſommes dont on veut faire ordonner ou déclarer la compenſation, ſoient certaines & liquides : car elle n'a pas lieu d'une dette liquide avec une autre qui eſt illiquide, *Leg. ult. cod. eodem*, ni avec une ſomme preſcrite, *Godefroy*, *ad Legem* 6, *ff. de compenſat.* comme nous l'avons obſervé ſur le §. 1, *ſuprà*, *quibus modis re contrahitur obligatio*, ni d'une dette exigible avec une qui ne l'eſt pas, comme d'une dette à jour avec le capital d'une dette à conſtitution de rente, ni en matiere de tailles, d'impoſitions, de dépôt, & autres cas ſemblables.

Au ſurplus, quand on eſt débiteur d'une diſtribution, ſi depuis la diſtribution on devient créancier, on ne peut pas oppoſer de compenſation à cauſe de l'intérêt des autres créanciers ; mais ſi avant la diſtribution on étoit créancier & débiteur tout à la fois de celui dont les biens ont été enſuite généralement ſaiſis, on peut ſans difficulté demander la compenſation que le Juge déclare alors avoir été faite avant la ſaiſie générale : ſi néanmoins on ſe trouvoit créancier d'un homme en deux ſommes, l'une privilégiée & l'autre non privilégiée, & débiteur auſſi de ce même homme dont les biens viennent poſtérieurement à être mis en diſtribution, la compenſation n'eſt déclarée s'être faite qu'avec la créance la plus privilégiée & la plus ancienne, & on n'eſt alloué que pour l'autre.

Régulierement un créancier n'eſt pas obligé de compenſer ce qu'il doit à un autre qu'à ſon débiteur, *Leg.* 9, *cod. de compenſat.* cependant un débiteur peut prendre & accepter la ceſſion d'une dette ſur ſon créancier, pour avoir occaſion d'en faire la compenſation avec ce qu'il doit lui-même, & quoique la ceſſion lui ait moins couté que ne vaut la ſomme cédée, il peut néanmoins faire valoir & compenſer en plein cette ſomme cédée contre ſon créancier.

§. 40. *Cum eo quoque qui creditoribus ſuis bonis ceſſit, &c.*

Il eſt ici parlé de la ceſſion des biens, au moyen de laquelle un débiteur inſolvable ou qui a fait faillite, peut éviter la contrainte par corps, pourvû toutefois qu'il ne ſoit point coupable de dol ou de fraude, ou que l'intérêt public ne s'y oppoſe pas : ce bénéfice de la ceſſion de biens n'eſt accordé qu'aux regnicoles & naturels François, ou aux étrangers qui y ont obtenu des Lettres de naturalité, ſuivant l'Ordonnance de 1673, titr. 10 de la ceſſion des biens, art. 2, & *Bornier ibid.* mais on juge auſſi qu'un François ne peut pas être reçu à faire ceſſion de biens

contre un étranger, la choſe devant être réciproque, comme l'obſerve *Bornier* ſur l'article déja cité.

Les perſonnes auſquelles le bénéfice de la ceſſion des biens eſt refuſé, ſoit à cauſe de leur dol & fraude, ou par rapport à l'intérêt public, ſont, par exemple, les fermiers qui pour le payement du prix de leur ferme, ſoit en grains, ou en argent, ſe ſont ſoumis par le bail à la contrainte par corps, ainſi que je l'ai dit ailleurs; les bouchers ou fourniſſeurs des boucheries, débiteurs du prix du bétail qui leur a été vendu; les ſtellionaires, les dépoſitaires de Juſtice; il en eſt de même à l'égard des tuteurs pour les deniers pupillaires, &c.

Les banqueroutiers frauduleux qui ont diverti leurs effets, ſuppoſé des créanciers, ou déclaré plus qu'il n'étoit dû aux véritables créanciers, ſont auſſi exclus de ce bénéfice & dignes même de punition exemplaire, de même que les négocians qui ne repréſentent pas leurs régiſtres, livres, & journaux.

On le refuſe pareillement aux receveurs, fermiers, ſous-fermiers, & à tous autres comptables des deniers royaux ou publics, de même qu'à ceux qui ont adminiſtré les biens & deniers des Villes & Communautés, ou des Hôpitaux; & en un mot, à toutes les perſonnes publiques dont on a été contraint, pour ainſi dire, de ſuivre la foi, en contractant avec eux.

Enfin, ceux qui ſe trouvent condamnés pour crimes ou délits en des amendes ou à des dommages & intérêts tenant lieu de peine, (attendu que dans ce cas la contrainte par corps à lieu, & que s'ils ſe trouvent en priſon, ils ne peuvent même être élargis qu'en conſignant, aux termes de l'Ordonnance de 1670, titr. 13, art. 29,) ſont exclus auſſi, à raiſon deſdites amendes & réparations pécuniaires, de la ceſſion des biens; mais il n'en eſt pas de même à l'égard des dépens : parce qu'en matiere même criminelle ils n'ont pas plus de privilege que ceux qui ſont adjugés en matiere civile, & l'on peut par conſéquent pour leſdits dépens être reçu à la ceſſion des biens, comme il a été jugé par un Arrêt célebre du Parlement de Toulouſe du 28 août 1716, & par un autre Arrêt du 19 ſeptembre 1743, quoique le contraire eût été jugé contre un dénonciateur par un Arrêt du 30 avril 1717.

Il faut pourtant excepter le cas où les dépens ſeroient joints aux dommages & intérêts, comme quand on condamne en une certaine ſomme pour tous dépens, dommages & intérêts, en matiere, par exemple, d'excès commis : car alors ces dépens faiſant partie de la peine, la ceſſion de biens ne ſeroit pas admiſe, & c'eſt une diſtinction qui fut faite lors dudit Arrêt de 1743.

Autrefois ceux qui avoient été reçus à la ceſſion des biens, étoient obligés de porter un bonnet verd, afin qu'on les connût, & qu'on ſe

méfiât d'eux, *Louet & Brodeau*, *lettre C. chapitre* 56, mais cela n'eſt plus obſervé.

Si poſteà aliquid acquiſierit, ex integro in id quod facere poteſt, creditores experiuntur.

Il y a des Auteurs qui diſtinguent, entre la ceſſion des biens volontaire & la ceſſion forcée ou judiciaire, voulant que dans celle-ci les créanciers, attendu qu'elle a été admiſe malgré eux, puiſſent recourir ſur leur débiteur pour ce qui leur eſt dû, s'il vient à acquérir de nouveaux biens, & qu'ils ne le puiſſent pas après une ceſſion volontaire à laquelle ils ne ſont pas oppoſés; mais ce texte, non plus que la Loi 1, *cod. qui bonis cedere poſſunt*, ne diſtinguent pas, & je ne crois pas non plus qu'il y ait de diſtinction à faire.

L'Auteur des obſervations ſur *Catellan*, *liv.* 6, *chap.* 32, *in fine*, *pag.* 213, va plus loin, & prétend que la ceſſion de biens en général rend le débiteur exempt d'être recherché par ſes créanciers perdans ſur les biens qu'il acquiert après la ceſſion, ſuivant la Juriſprudence de ce Parlement; cependant il n'en cite aucun Arrêt; & cela paroît même contraire à la nature de la ceſſion de biens, qui n'a été introduite que pour affranchir ſeulement de la contrainte par corps.

Ainſi je tiens que dans les bonnes regles celui qui a fait ceſſion venant à acquérir dans la ſuite des biens au-delà de ce qui lui eſt néceſſaire pour ſa ſubſiſtance, il peut être pourſuivi par ſes créanciers perdans qui ne ſont obligés tout au plus que de lui laiſſer dequoi vivre; parce qu'en effet, quoique nous n'obſervions pas le bénéfice de compétence dont j'ai parlé ſur le paragraphe 36 de ce Titre, il ſeroit dur, ce ſemble, de contraindre un homme qui ſe ſeroit une fois dépouillé de tout ſon bien, de ſe réduire encore à la mendicité.

Je n'excepterois que le cas où les créanciers auroient accordé volontiers des remiſes & des relâchemens à leur débiteur; parce que ces remiſes étant un pacte *de non petendo*, le débiteur ne ſauroit être recherché à raiſon de ce, quoiqu'il revienne à une meilleure fortune.

TITRE VII.

Quod cum eo qui in alienâ poteſtate eſt, negotium geſtum eſſe dicitur, &c.

§. 1. *Si juſſu domini cum ſervo negotium geſtum erit, &c.*

CE qui eſt dit dans ce Titre au ſujet de l'action tributoire & de l'action du pécule des eſclaves, n'eſt d'aucun uſage dans ce Royaume, & ne peut ſervir que pour les Iſles de l'Amérique Françoiſe; ſur quoi

on peut voir l'article 29 de l'Edit de 1685 concernant la police de ces Isles.

Mais ce que dit encore l'Empereur Justinien des actions *quod jussu*, *exercitoria*, *vel institoria*, peut s'appliquer à ce qui est fait ou géré avec des Commis, Préposés, Agens, ou autres administrateurs de cette espece: & en effet, tous ceux généralement qui pour raison de leur commerce ou de leurs autres affaires se servent de Commis, Agens, Procureurs, Facteurs, ou autres Préposés, sont représentés par ceux qu'ils commettent; de sorte qu'ils sont obligés par les traités de ces Commis dans l'affaire ou dans le commerce auxquels ils les ont préposés, & qu'ils répondent même civilement du dol & des tromperies de ces Préposés, *Leg.* 1, *ff. de instit. action. Leg.* 1, §. 10, *ff. de exercitoriâ actione*: bien plus, quand le Préposé feroit un mineur, ou une femme, ses engagemens obligeroient le maître, parce qu'il doit s'imputer d'avoir choisi ou commis de telles personnes. *Leg.* 7 & 8, *ff. de instit. action.*

Lorsque plusieurs commerçans, ou associés, ou autres personnes qui ont quelqu'autre affaire commune entr'eux, se sont servis d'un seul Préposé, Agent, ou Facteur, sont fait oblige solidairement chacun des maîtres; parce qu'il est vrai de dire que chacun l'a commis, & que celui qui a traité avec ce Préposé, a pu ne considerer en traitant avec lui qu'un seul des maîtres, sans l'engagement duquel il n'auroit pas traité. *Leg.* 13, §. 2, *ff. de instit. action.*

Le pouvoir des Préposés ou Commis prend fin, non seulement quand les affaires qui leur avoient été commises, sont terminées, mais encore par leur révocation; mais si après qu'ils ont été révoqués, ils traitent néanmoins avec des personnes qui ignorent la révocation, ce qu'ils auront fait, obligera le maître, si ce n'est que la révocation eût été publiée ou signifiée, lorsque c'est l'usage, ou bien que par d'autres circonstances celui qui a ainsi traité avec le Préposé, dût s'en imputer la faute.

Au surplus, les Préposés qui ne traitent qu'en cette qualité de Préposés, Facteurs, ou Commis, ne sont point obligés en leur propre nom, à raison des engagemens où ils entrent pour leur commettant & pour le fait de leur commission, & c'est ce qu'on dit communément, que *contrahens appositio nomine officii*, *finito officio non tenetur*, *Leg. ult. ff. de instit action.* mais si un Procureur ou Facteur, en traitant en cette qualité, y emploie encore son propre nom, & promet ou s'oblige, tant comme Procureur ou Administrateur, qu'en son propre, il peut être attaqué lui-même, & il est au choix de celui avec qui il a traité, de s'en prendre tant contre ledit Procureur ou Facteur *qui tenetur ex contractu*, que contre le constituant *qui tenetur ex mandato*: c'est ce que *Boutaric*, sur ce titre, n'a pas assez nettement expliqué. *Vid. Papon, liv.* 6, *titr.* 5, *art.* 4 & 5; *Mornac, ad Legem* 7, *cod. quod cum eo qui in alien.*

De-là

De-là vient auſſi qu'un tuteur qui traite, s'oblige, contracte, ou vend en cette qualité, n'eſt pas tenu ni reſponſable en ſon particulier, s'il n'a auſſi traité en ſon propre & privé nom, ou s'il ne s'eſt nommément obligé à la garantie ſur ſes biens propres; juſques-là qu'une mere qui a vendu, en qualité de tutrice & légitime adminiſtrereſſe de ſon fils, un biens fonds appartenant à ce fils ſans formalités de Juſtice, peut néanmoins demander enſuite, étant devenue héritiere de ſon fils, la caſſation de cette vente, tout comme ſon fils auroit pu le faire. *Catellan, liv. 5, chap. 47, & Vedel, ibid.*

TITRE VIII.

De noxalibus Actionibus.

Ex maleficiis ſervorum noxalibus actiones proditæ ſunt, &c.

LES actions noxales dans leſquelles le maître étoit tenu de payer les dommages & intérêts cauſés par ſon eſclave, ou d'abandonner l'eſclave à celui auquel le dommage avoit été cauſé, ne ſont point connues en France; cet abandon ne ſe pratique que dans les Colonies de l'Amérique, ſuivant l'art. 37 de l'Edit de 1685.

Cela n'empêche pas néanmoins que dans ce Royaume où il n'y a point d'eſclaves, les maîtres ne ſoient reſponſables en pluſieurs cas, du moins civilement, des délits de leurs domeſtiques, & autres perſonnes qu'ils ont à leur ſervice, comme on le voit dans le cas des incendies cauſés par la négligence d'un valet, ou des choſes verſées ou jettées d'une maiſon par quelque domeſtique, ainſi que nous l'avons remarqué ci-devant.

TITRE IX.

Si quadrupes pauperiem feciſſe dicatur.

Animalium nomine quæ ratione carent, noxalis actio prodita eſt.

IL ne faut pas croire que parmi nous le maître d'un animal vicieux qui auroit cauſé quelque dommage, en fût quitte en l'abandonnant, cela ne ſe pratique pas: ainſi ſi un bœuf, un cheval, ou un mulet qui a coutume de ruer & de frapper, bleſſe quelqu'un, il eſt juſte que le maître qui n'aura pas renfermé ou fait garder cet animal, ou averti de ſorte qu'on peut s'en méfier & l'éviter, ſoit tenu des dommages envers celui qui aura été bleſſé; de même ſi un chien qui eſt accoutumé de mordre, n'eſt pas retenu ou s'échappe faute de bonne garde, & cauſe quelque mal, le maître doit en

répondre, & sur-tout si c'étoit un chien qu'on dût enchaîner.

A plus forte raison ceux qui ont des bêtes féroces, comme des lions, des tigres, des ours, doivent les retenir de telle sorte qu'ils ne puissent nuire ni s'échapper, autrement ils sont responsables des dommages qui peuvent en arriver; & l'on ne suit pas ce qui est dit ici, que si la bête féroce s'étant échappée a fait quelque mal, le maître n'en est pas tenu, sous prétexte qu'il n'en est plus le propriétaire : car en France il en est regardé comme maître, pouvant la révendiquer; & d'ailleurs il faudroit supposer que la bête féroce se fût évadée sans aucune faute de sa part, comme si quelqu'un l'avoit détachée par malice, sans qu'on pût en rien imputer au maître.

On doit remarquer en passant, qu'en fait de crimes ou délits commis par des fols, leur folie les excuse à la vérité de la peine due au crime, *quia ratione carent*, mais non pas des dommages & intérêts dûs à raison du crime ou délit : ainsi dans la cause du sieur Benezet, de la ville de Sommieres, convaincu de folie, qui avoit donné des coups de bâton au sieur Rebuffat, dont il fut obligé de garder le lit plus d'un mois, le curateur de ce fol fut condamné en cette qualité, en 500 liv. de dommages & intérêts envers ledit Rebuffat, avec dépens, par un Arrêt du Parlement de Toulouse, du 13 mai 1719.

Un dommage assez ordinaire est celui que causent les animaux dépaissans dans le fonds d'autrui, & à cet égard les Arrêts de réglement ont défendu aux habitans des lieux, leurs métayers, bergers & autres, de faire entrer ni de paître de jour ou de nuit, en aucune saison de l'année, aucune sorte de bétail ailleurs que dans leur propre fonds, à peine de 500 liv. d'amende, de la saisie des bestiaux, & du paiement des dommages qui auront été causés, suivant l'estimation qui en sera faite par des Prud'hommes, &c.

Il y a pourtant des lieux où la dépaissance réciproque est permise, après toutefois la levée des fruits, dans les prés & champs non ensemencés; à l'exception des olivetes, vignes, bois taillis ou plantés de nouveau, vergers ou autres fonds renfermés dans des enclos : car à l'égard de ces terres, il n'est pas permis d'y faire entrer ni de paître les bestiaux en aucun tems, suivant un Arrêt de réglement du 27 mars 1725, poursuivi par le Syndic général de cette Province de Languedoc.

Il n'est pas permis au surplus de tuer ou excéder le bétail surpris en délit; il y a seulement quelques Arrêts de réglement, & entr'autres, des 9 septembre 1730 & 26 avril 1742, qui ont permis de tuer les chiens, cochons, volaille & autres animaux trouvés dans les vignes, depuis que les raisins commencent d'être en maturité; c'est-à-dire, depuis la Saint Barthelemi ou le dernier août, jusqu'après les vendanges : j'ai vu de plus, rendre un Arrêt en l'Audience de la Grand-Chambre au mois de juillet 1735, qui en renouvellant lesdits Arrêts de réglement, relaxa avec dépens

le sieur Delmas, de la demande du sieur Langlade, en paiement de la valeur d'un chien de chasse, appartenant audit Langlade, qui l'estimoit à une grosse somme, & que ledit Delmas avoit tué dans sa vigne.

Il arrive le plus souvent, qu'à raison des dommages causés par le bétail dépaissant, on prend la voie criminelle : les Auteurs observent cependant, que cela n'est pas dans les régles, & qu'on ne doit agir que par action civile, si ce n'est dans le cas où il y auroit des récidives affectées, ou lorsque le dommage a été causé malicieusement, & que le bétail a été trouvé dépaissant, à garde faite & bâton planté, dans les terres en vest ou défensables, auxquels cas on décrete le berger de prise de corps, & le maître du bétail d'ajournement personnel, & il est toujours déclaré civilement responsable de l'amende, dommages & intérêts, & dépens de l'instance.

TITRE X.

De his per quos agere possumus.

Nunc admonendi sumus agere posse quemlibet, aut suo nomine, aut alieno.

SUR ce Titre il suffit de savoir 1°. que dans ce Royaume on ne peut plaider & agir en Justice que par le ministere des Procureurs qui sont établis en titre d'office dans chaque Juridiction royale, & si on n'en constituoit pas un, l'affaire seroit jugée ou par congé contre le demandeur, ou par défaut contre le défendeur, qui auroient négligé de se présenter par le ministere d'un Procureur; il n'y a que les matieres sommaires dans lesquelles, suivant l'Ordonnance de 1667, titr. 17, art. 6, on peut être écouté & plaider par soi-même, sans assistance d'Avocat ni de Procureur, ailleurs toutefois que dans les Cours supérieures, Requêtes de l'Hôtel ou du Palais & Sieges Présidiaux; on peut aussi plaider par soi-même dans les Justices Seigneuriales qu'on appelle Banerettes, & dans les Juridictions des Juges-Consuls des Marchands, comme il est permis par le titre 16 de la même Ordonnance de 1667; mais tout cela n'est pas même l'usage; car il y a des Praticiens ou postulans qui font la fonction de Procureurs pour les parties.

2°. En matiere criminelle, l'accusé, outre l'assistance de son Procureur, doit encore comparoître personnellemen devant le Juge sur le décret de soit-assigné pour être oui, ou d'ajournement personnel laxé contre lui; ou s'il est décrete de prise de corps, il doit être constitué prisonnier, pour répondre & être interrogé sur l'accusation; & si le décret de prise de corps ne peut être exécuté contre lui, on lui fait son procès par défaut & par contumace, suivant le titre 17 de l'Ordonnance de 1670.

3°. Nous ne suivons pas le Droit Romain, en la Loi premiere, *cod. de sentent. & interloc. omn. jud.* par lequel non seulement l'instruction des procès se faisoit au nom des Procureurs, mais encore les Sentences ou Jugemens étoien rendus contre les Procureurs, & non contre les parties : car en France, quoique l'instruction se fasse par le ministere des Procureurs, c'est toujours au nom de la partie, & c'est aussi contre la partie que les Jugemens ou Arrêts sont prononcés.

Il n'y a que le Roi qui est excepté de cette regle : car il plaide au nom de ses Procureurs généraux ou de leurs Substituts, & c'est ce qu'on dit en maxime, qu'en France nul ne plaide par Procureur que le Roi.

Il est vrai que les Seigneurs Justiciers dans leur Justice, lorsqu'il est question de leurs droits, peuvent aussi plaider au nom de leur Procureur jurisdictionnel, suivant l'Ordonnance de 1667, titr. 24, art. 11, & *Loyseau, des Seign. chap.* 10, *n.* 73, 76, *& suiv.* mais le Procureur jurisdictionnel ne peut rien poursuivre ni défendre pour le Seigneur qu'en son Siege, & hors de-là c'est le Seigneur lui-même qui doit plaider, agir, & être assigné en son nom, *Loyseau, ibid.* ainsi par un Arrêt de la Grand-Chambre du Parlement de Toulouse du 30 mai 1725, le Procureur jurisdictionnel du lieu de Valabregues fut relaxé avec dépens de l'assignation qui lui avoit été donnée au Parlement en cette qualité de la part des Consuls dudit lieu, pour se voir débouter des oppositions par lui formées, *ratione officii*, à l'Election Consulaire, & cela par la raison que les Consuls auroient dû faire assigner le Seigneur ; de même par un autre Arrêt du 2, septembre 1729, le nouvel Evêque de Couserans fut condamné de prendre au Parlement le fait & cause de son Procureur jurisdictionnel, pour une procédure faite même du tems du précédent Evêque contre certains accusés.

4°. Le pouvoir d'un Procureur qui a été constitué pour la poursuite d'un procès, est limité taxativement à ce qui regarde la procédure : car si dans le cours de l'instance il s'agit de faire des offres, de reconnoître ou désavouer des écritures privées, de s'inscrire en faux, d'accepter ou de répudier, de transiger, ou d'autres actes importans qui concernent la partie en personne, le Procureur a besoin pour cela d'une procuration particuliere & spéciale ; autrement il s'expoſeroit à être désavoué, & pourroit être condamné aux dommages & intérêts envers sa partie.

TITRE XI.

De Satisdationibus.

NOUS n'observons rien en France de ce qui est dit dans ce Titre ; & l'on n'y pratique aujourd'hui l'usage de la caution de payer le jugé qu'à l'égard des étrangers & des dévolutaires, afin qu'il ne soit pas permis

à ces

à ces perſonnes de plaider mal-à-propos & impunément ; cette caution n'étoit pas même autrefois exigée en France de la part des étrangers, d'autant que le Roi, diſoit-on, doit juſtice auſſi bien à l'étranger qu'au François, & aujourd'hui elle n'eſt exigée que des étrangers qui ſont demandeurs contre un François : car ſi l'étranger eſt défendeur, & qu'il poſſede des immeubles ſitués en France, il n'eſt pas ſujet à ce bail de caution ; l'étranger n'y eſt pas non plus ſoumis, quoique demandeur, s'il eſt naturaliſé, & qu'il habite dans le Royaume ; & enfin le cautionnement qu'on exige d'eux, n'eſt pas un cautionnement indéfini, mais borné à une certaine ſomme, eu égard à la qualité du procès.

A ce propos, on peut remarquer que le Comte des Harmoiſes, Lorrain, ayant un procès au Parlement de Toulouſe contre les Peres Jéſuites de la ville de Cahors, le Syndic des Jéſuites demanda que ce Seigneur Lorrain fût tenu de donner caution de payer le jugé : celui-ci prétendoit qu'il n'y étoit pas tenu, attendu que les Lorrains ont été naturaliſés & déclarés exempts du droit d'aubaine par une Déclaration du Roi du 15 mars 1702 ; mais on jugea qu'il ne ſuffiſoit pas d'être naturaliſé, & qu'il falloit être encore regnicole : c'eſt pourquoi par un Arrêt rendu en l'Audience de la premiere Chambre des Enquêtes, il fut ordonné que ce Seigneur Lorrain bailleroit caution, cet Arrêt eſt du 11 février 1713 ; enſuite le Comte des Harmoiſes ne trouvant pas de caution, offrit de conſigner la ſomme de 3000 liv. ſauf à augmenter, le cas y échéant, & s'il étoit ainſi ordonné : les Syndic des Peres Jéſuites s'y oppoſa, ſoutenant que la caution devoit être baillée indéfiniment ; mais par un autre Arrêt rendu à l'Audience de la même Chambre le 17 mars 1714, le Seigneur Lorrain fut reçu à conſigner ſuivant ſon offre.

Il y a un autre Arrêt du Parlement de Toulouſe rendu le 3 février 1730, moi plaidant pour le ſieur Roſſel natif de Gironne en Catalogne, qui jugea qu'il n'étoit pas tenu de bailler la caution *judicatum ſolvi*, pour le procès qu'il avoit au ſujet d'une place du College fondé dans la Faculté de Médecine de Montpellier, contre un François prétendant auſſi à cette place, ſoit à cauſe de l'affectation faite aux natifs de Gironne par la fondation, ſoit parce que ces places ſont deſtinées pour des pauvres Etudians.

Pour ce qui concerne les dévolutaires, c'eſt-à-dire, ceux qui ont été pourvus d'un Bénéfice pour cauſe de dévolut, ils ſont ſoumis par l'Ordonnance de 1667, titr. 15, art. 3, à bailler caution juſqu'à la ſomme de 500 liv. ou à conſigner cette ſomme ; ce qui a été établi, afin d'arrêter la légéreté des impétrations des Bénéfices de la part des perſonnes qui n'ont le plus ſouvent rien à perdre, & ils ne peuvent être écoutés ni obtenir l'Audience, qu'ils n'aient ſatisfait à ce préalable : on peut voir là-deſſus *Catellan & ſon Commentateur, liv. 1, chap. 65.*

Quelques-uns ont prétendu encore que ceux qui ont été reçus à la ceſ-

sion de biens, ne peuvent ensuite intenter un procès, sans être obligés de bailler caution de payer le jugé ; mais cela ne s'observe point. *Vid. Bacquet, du droit d'aubaine, chap.* 17, *n.* 5.

TITRE XII.

De perpetuis & temporalibus actionibus, & quæ ad hæredes & in hæredes transeunt.

Hoc loco admonendi sumus, &c.

NOUS avons expliqué ailleurs comment & par quel tems se prescrivent parmi nous les actions réelles & personnelles, & que par notre usage nous ne faisons à cet égard aucune différence entre les actions civiles & celles qui émanoient de la juridiction du Préteur.

Présentement il faut ajouter qu'une action, procès, ou instance intentée, demeure périmée & de nul effet, comme si elle n'avoit jamais été formée, par la discontinuation ou cessation des poursuites durant trois années, à compter du jour du dernier acte de la procédure, suivant l'article 15 de l'Ordonnance de Roussillon de 1563, ce qui a été tiré de la Loi, *properandum, cod. de judiciis*, & introduit pour abréger les procès & punir la négligence des plaideurs ; ensorte qu'il ne reste qu'à recommencer & à venir par nouvelle action, si on est encore dans le tems pour agir : car la péremption peut emporter souvent la prescription de l'action, parce qu'en effet la prescription ne laisse pas d'avoir son cours, tout comme si l'instance périmée n'avoit jamais été formée ni introduite, suivant l'article 15 déja cité.

La péremption a lieu dans les instances & demandes en matiere criminelle, tout comme en matiere civile, & dans les instances d'appel, sauf que dans l'usge du Parlement de Toulouse, contraire à celui du Parlement de Paris, on peut interjetter un nouvel appel, si l'on est encore dans le délai de dix années qui sont accordées pour appeller, à compter du jour de la signification des Jugemens, par l'article 17 du titre 27 de l'Ordonnance de 1667, qui veut que les Sentences n'aient force de chose jugée qu'après dix ans, & qu'après vingt ans à l'égard de l'Eglise, Hôpitaux, Colleges, Universités, &c.

Il y a néanmoins plusieurs cas où la péremption est interrompue & ne court pas, comme quand quelqu'une des parties ou de leurs Procureurs vient à mourir dans les trois années depuis le dernier acte de la procédure ; quand le procès se trouve conclu, distribué à un Rapporteur, & la sommation à produire faite dans les Cours souveraines, quoiqu'il en soit autrement dans les Juridictions inférieures, parce qu'on peut y faire des

ſommations ou actes de déni de Juſtice. La péremption n'a pas même lieu dans les cauſes du Domaine contre le Roi ou le Fiſc, non plus qu'en matiere de tailles, &c.

§. 1. *Eſt enim certiſſima juris regula ex maleficiis pœnales actiones in hæredem rei non competere.*

Par les Loix Romaines & ſuivant ce qui eſt dit ici par l'Empereur Juſtinien, le crime ni l'action pénale pécuniaire ne demeuroient pas éteints par la mort du criminel ou accuſé ſurvenue après la conteſtation en cauſe; mais s'il étoit décédé avant que la cauſe eût été conteſtée, ſon crime demeuroit éteint, quant à la pourſuite & à ladite action pénale, enſorte que ſon héritier n'étoit tenu qu'à concurrence de ce qui étoit parvenu juſqu'à lui du délit du défunt, *ne ex alieno ſcelere ditaretur. Leg. unic. cod. ex delict. defunct. in quant. hæred. conven.*

Cette diſtinction n'eſt guere conforme à nos uſages: car ſoit que le criminel meure avant ou après la conteſtation en cauſe, le crime demeure éteint, de même que la pourſuite de la peine due au crime, ſoit pécuniaire, ou autre quelconque, & l'héritier du coupable n'en eſt jamais tenu. Il y a eu pourtant du doute pour ſavoir, ſi après la mort du prévenu arrivée, ſoit avant ou après la conteſtation en cauſe, ou même pendant l'appel, le crime demeure éteint auſſi quant à l'action des dommages & intérêts civils contre ſes héritiers, quoiqu'ils ne retirent aucun avantage du crime, *& nihil ad eos ex delicto pervenerit*, & ſi ce prévenu laiſſant des biens, ces biens paſſent libres à ſes héritiers, quoiqu'ils ne purgent pas ſa mémoire: *Catellan, liv. 7, chap. 1*, & quelqu'autres Auteurs tiennent pour l'affirmative, ſous prétexte que l'acceſſoire doit ceſſer, lorſque le principal eſt éteint, & j'ai vu même rendre quelque Arrêt conforme à cet avis; mais il faut tenir l'opinion contraire, ſuivie par *La Roche & Graverol, liv. 6. titr. 52, art. 2*, & par pluſieurs autres Auteurs, comme beaucoup plus ſûre; c'eſt-à-dire, l'opinion qui veut que les biens délaiſſés par le prévenu décédé, ſoient entierement affectés pour les dommages & intérêts de la partie civile.

Au reſte, en matiere criminelle la conteſtation en cauſe ſe forme, ſuivant quelques-uns, par le décret, mais ſelon la plus commune opinion, par le récolement & la confrontation des témoins; & en matiere civile la cauſe eſt tenue pour conteſtée, ſuivant l'article 13 du titre 14 de l'Ordonnance de 1667, par le premier appointement ou réglement à écrire qui intervient.

Sed hæredibus hujuſmodi actiones competunt, nec denegantur, exceptâ injuriarum actione.

Suivant ce que nous venons de dire, il faut tenir que l'action pour des in-

jures ou excès réels qui peuvent soumettre à des dommages & intérêts ; passe contre les héritiers de l'injuriant, & compete aussi aux héritiers de l'offensé ; mais pour ce qui est des simples injures verbales ou même par écrit, elles ne passent pas régulierement à l'héritier de l'offensé, ni contre l'héritier de celui qui a fait l'injure : je voudrois tout au plus excepter le cas où l'injure touche la famille de la personne injuriée, suivant l'Arrêt rapporté par *Anne Robert*, *liv.* 4, *chap.* 12, & le cas encore où l'action auroit été intentée contre l'injuriant, de son vivant, suivant l'Arrêt qu'on lit dans le *Journal des Audiences*, *tom.* 1, *liv.* 8, *chap.* 47.

Il y a un Arrêt du Parlement de Toulouse, du 27 mars 1747 qui a jugé que l'action de grossesse ne passe pas aux héritiers de la femme décédée, dans l'espece suivante. La veuve d'un villageois âgée d'environ quarante ans, s'étant laissée engrosser par son valet, âgé de vingt-six ans, & prétendant même qu'il lui avoit fait prendre un breuvage empoisonné, s'en trouvant malade & enceinte de près de neuf mois, porta plainte, obtint un décret, & mourut deux jours après sans avoir accouché : le fils du premier lit de cette veuve demanda d'être reçu à continuer la procédure, ce qui lui fut accordé par le premier Juge ; mais l'Arrêt cassa l'information faite en conséquence, n'y ayant pas eu d'ordonnance d'enquis obtenue par ce fils, renvoya pour, sur la requête de ce fils, comme tenant lieu de plainte, ordonner l'enquis & procéder jusqu'à Sentence définitive inclusivement, sur le fait tant seulement du breuvage, & mit hors de Cour sur le cas de grossesse, ayant été décidé, comme j'ai appris de l'un des Juges, que le fils n'étoit pas recevable à poursuivre le fait de grossesse de sa mere après sa mort, bien qu'elle eût commencé la procédure.

TITRE XIII.

De Exceptionibus.

§. 1. *Si metu coactus, aut dolo inductus, aut errore lapsus promisisti, datur tibi exceptio.*

Ce paragraphe parle des rescisions ou restitutions en entier : sur quoi on doit observer, que toute restitution en entier, sur quel moyen qu'elle puisse être fondée, soit minorité, dol, fraude, violence, crainte, lésion ou erreur, est dans ce Royaume un bienfait du Prince, pour lequel il faut obtenir des Lettres de la Chancelerie adressantes au Juge, devant lequel l'instance ou le procès a été intenté.

Ces lettres de rescision ou de restitution en entier sont même jugées nécessaires, quand bien l'acte contre lequel on veut se pourvoir, seroit nul de plein droit ; d'où est venue la maxime, que les voies de nullité n'ont pas

pas lieu en France ; cette maxime néanmoins ne doit s'entendre que des nullités établies par le Droit Romain, & non pas des nullités qui ſont déclarées & prononcées par les Ordonnances de nos Rois & par les Coutumes : car un acte qui eſt déclaré nul par les Ordonnances & par les Coutumes, n'oblige aucune des parties contractantes, & elles peuvent en oppoſer la nullité en tout tems, & ſans avoir beſoin de recourir aux lettres du Prince. *Vid. Brodeau, ſur Louet, lettre C. chap.* 8, *n.* 11 ; *Vedel, ſur Catellan, liv.* 7, *chap.* 16.

Suivant l'Ordonnance de 1539, art. 134, & autres Ordonnances, toutes les lettres en reſtitution ou reſciſion doivent être impétrées dans les dix annnées, à compter du jour que l'acte qu'on attaque a été paſſé, & ſi l'on étoit mineur, lorſqu'on a contracté, à compter du jour de la majorité accomplie, *Catellan, liv.* 7, *chap.* 16 ; on a même jugé pendant long-tems que les lettres devoient non ſeulement avoir été impétrées, mais encore ſignifiées dans les dix années, ſans quoi il étoit inutile d'avoir formé l'inſtance dans les dix années ; mais ſuivant les derniers Arrêts rapportés par *Fromental*, on juge à préſent qu'il ſuffit d'avoir intenté le procès dans les dix années, quoique les lettres royaux n'aient été impétrées & ſignifiées que poſtérieurement & pendant le cours de l'inſtance.

Du reſte, l'abſence, ſi elle n'eſt hors du Royaume, *& Reipublicæ cauſâ*, comme nous l'avons dit ailleurs, n'arrête pas le cours de la preſcription par dix années des actions reſciſoires, non plus que le cours des autres preſcriptions, & moins encore ſi c'eſt une abſence pour condamnation à raiſon de quelque crime ; parce qu'on impute à l'abſent non ſeulement ſon délit, mais même de n'avoir pas envoyé une procuration pour agir, ou de n'y avoir pas pourvu avant ſon départ.

Au ſurplus, la reſtitution en entier qui eſt accordée au mineur, ne profite pas au majeur dans une cauſe commune, ſi ce n'eſt dans le cas où les choſes ſont entierement indiviſibles, comme en matiere de ſervitudes dues à un fonds qui eſt commun à un majeur & à un mineur. *Leg.* 10, *ff. quemad. ſervit. amitt.* mais non pas ſi elles peuvent être diviſées. *Leg. unic. cod. ſi in commun. cauſ. reſt. poſtul.* Ainſi la vente faite par un majeur & un mineur vaut pour la moitié de celui qui étoit majeur ; & de même quoique la preſcription de l'action hypothécaire ne coure pas contre mineur, elle court pourtant contre le majeur ſon conſort, *in causâ communi.*

§. 2. *Placet exceptione pecuniæ non numeratæ te deffendi debere.*

Nous avons parlé de l'exception de pécune non nombrée au Livre III. Titre XXII. *de litterarum obligationibus.*

§. 8. *Exceptiones aliæ perpetuæ & peremptoriæ, aliæ temporales & dilatoriæ.*

Les exceptions péremptoires ſont celles qui anéantiſſent l'action du deman-

deur, la rendent sans effet, & operent la décharge du défendeur, comme, par exemple, l'autorité de la chose jugée, les transactions sur la demande dont il s'agit, la prescription & généralement toutes fins de non-recevoir, dont l'Ordonnance de 1667, tit. 5, art. 5, fait mention : elles doivent, suivant cet article, être proposées dans les défenses ; c'est-à-dire, dès l'entrée du procès, pour y être préalablement fait droit ; cependant il est juste de les admettre même en tout état de cause, & l'Ordonnance n'entend pas aussi qu'on ne puisse le faire : elle a voulu seulement obliger les Juges à y prononcer avant d'entrer dans le mérite du fonds du procès, ou avant d'appointer les parties ; l'usage est à présent que pour peu que les conclusions ou fins de non-recevoir soient contestées par le demandeur, les Juges appointent les parties à écrire, sans préjudice des fins de non-recevoir.

Il en est de même de ce que l'on appelle fins de non valoir, & que les Praticiens ignorans confondent si souvent avec les fins de non-recevoir : les fins de non-valoir sont également des exceptions péremptoires, par lesquelles on prétend que le demandeur n'est pas personne valable ou légitime pour agir & pour intenter le procès ; qu'en un mot, *agere non valet.*

Les exceptions dilatoires, sont celles qui sans éteindre l'action du demandeur, ne tendent qu'à en faire différer la poursuite & le jugement ; il en est parlé dans le titre 9, de la même Ordonnance de 1667.

Mais il y a encore d'autres exceptions qu'on appelle anomales ou irrégulieres, parce qu'elles ne sont proprement ni péremptoires, ni dilatoires, mais qu'elles deviennent ou péremptoires ou simplement dilatoires par l'événement ; telle est, par exemple, l'exception du bail de caution contre les étrangers ou contre les dévolutaires, dont nous avons parlé dans le Titre XI de ce Livre ; car cette exception devient péremptoire, s'il arrive que ces personnes ne donnent pas caution, ou ne consignent pas. Ces sortes d'exceptions peuvent être proposées, de même que les exceptions péremptoires, en tout état de cause, *Bacquet, du droit d'aubaine, ch.* 17, *n.* 1. *Vedel, sur Catellan, liv.* 1, *ch.* 65. au lieu que les exceptions qui sont purement dilatoires, doivent être proposées avant ou lors de la contestation en cause. *Vid. Dolive, liv.* 4, *chap.* 22.

Il y a d'autres exceptions qu'on appelle déclinatoires ou fins de non-procéder, par lesquelles on prétend que le Juge devant lequel on a été assigné, n'est pas compétent pour connoître de la demande, & qu'il faut la renvoyer devant un autre Juge ; ainsi on décline sa Jurisdiction, & on soutient qu'il n'y a pas lieu de procéder devant lui : il en est parlé dans le titre 6, de l'Ordonnance de 1667 : ces exceptions sont regardées comme dilatoires, & elles doivent être aussi proposées avant de contester sur le fonds.

TITRE XIV.

De Replicationibus.

LES répliques, dupliques, tripliques, & autres défenses, ne sont autre chose que la suite des raisons & exceptions respectives des parties pour la défense de leur cause : car les parties ont la liberté de les proposer toutes dans le cours du procès par des écritures, contredits, réponses, ou répliques, &c. Mais l'Ordonnance de 1667, tit. 14, art. 3, a abrogé avec raison l'usage des dupliques, tripliques, & autres défenses semblables qui n'étoient bonnes tout au plus qu'à grossir & à prolonger les procès, & qu'on avoit accoutumé jadis de communiquer respectivement dans la plupart des Juridictions avant la contestation en cause.

§. 4. *Exceptiones quibus debitor deffenditur, plerumquè accommodari solent fidejussoribus ejus.*

Nous avons expliqué au Livre III, Titre XXI, *de fidejussoribus*, §. 1, en quel cas les exceptions ou la restitution en entier du débiteur principal profitent à sa caution, ou non.

TITRE XV.

De Interdictis.

Erant autem interdicta quibus Prætor jubebat aliquid fieri, aut prohibebat; maximè cùm de possessione inter aliquos contendebatur.

LES interdits n'étoient proprement que des actions ou des jugemens concernant la possession : ils étoient appellés interdits, *quasi interim dicta*, parce qu'ils terminoient la contestation sur le fait de la possession & jouissance, en attendant le jugement touchant la propriété ; la poursuite qu'on faisoit à l'occasion de ces interdits, fut dans la suite convertie en action, qu'on appella action possessoire.

§. 1. *Summa divisio interdictorum hæc est, quòd aut prohibitoria sunt, aut restitutoria, aut exhibitoria.*

Les Jugemens qui sont rendus parmi nous au sujet de la possession, peuvent être appellés, si l'on veut, prohibitoires ou restitutoires, ou parce qu'ils réintégrent en la possession qu'on a perdue, ou parce qu'ils font défenses d'y troubler celui à qui elle est adjugée ; mais quant aux interdits exhibitoires, ils ne sont pas d'usage parmi nous, à moins qu'on ne voulût en faire quel-

que application au droit que la Jurisprudence des Arrêts donne aux peres & aux meres, tuteurs ou curateurs, de réclamer leurs enfans qui ont été reçus sans leur consentement, & à leur insçu, dans les Monasteres des Religieux, & d'obliger les Supérieurs & Supérieures de représenter ou rendre ces enfans en habit séculier : sur quoi l'on peut voir *Henrys*, *tom.* 2, *liv.* 1, *quæst.* 3, *de l'édition de* 1708.

§. 2. *Quædam adipiscendæ possessionis causâ comparata sunt, quædam retinendæ, quædam recuperandæ.*

De tous les interdits ou actions possessoires dont il est parlé ici & dans les paragraphe suivans, nous ne connoissons guere que l'interdit *retinendæ possessionis*, appellé aussi *uti possedetis* & l'interdit *recuperandæ possessionis*, qui est aussi appellé *undè vi*.

1°. L'interdit *retinendæ possessionis*, n'est autre chose que ce que l'Ordonnance de 1667, titre 18. art. 1, appelle *complainte en cas de saisine & nouvelleté*, parce que c'est une plainte que fait celui qui possede, du trouble qui lui est causé en sa *saisine*, c'est-à-dire, en sa possession ; on ajoute encore, *en cas de nouvelleté*, parce qu'elle est faite à l'occasion du trouble arrivé nouvellement & depuis peu : aussi cette action possessoire, suivant la même Ordonnance, doit-elle être intentée dans l'année du trouble, & n'est pas accordée à tout possesseur, mais à celui-là seulement qui prouve que lors du trouble il jouissoit paisiblement depuis un an & un jour, sans violence, & à autre titre que de fermier ou de possesseur précaire ; ce qui est conforme à ce que dit Justinien à la fin du §. 4, de ce Titre, *ut ille vincat qui possessionem, nec vi, nec clàm, nec precario, ab adversario litis contestatæ tempore detinet.*

La complainte ou l'interdit *retinendæ possessionis* a cet effet ou cet avantage, que le possesseur troublé oblige sa partie à prouver que la propriété de la chose lui appartient, de maniere qu'à défaut de preuve le possesseur est maintenu par cette seule raison qu'il se trouve en possession, *possideo, quia possideo* ; ce qui a fait dire à Justinien dans ledit §. 4, *longè commodius est possidere, quàm petere.*

Mais nous n'observons pas ce qui est porté par ledit §. 4, en ce qu'il accorde l'interdit appellé *utrubi*, pour conserver la possession des effets mobiliers ; parce qu'en effet les meubles ne sont pas assez considérables pour produire une action séparée au sujet de leur simple possession, laquelle se decide en même tems que la question de la propriété ; & nous suivons l'article 97 de la Coutume de Paris, & l'article 1 déja cité du titre 18 de l'Ordonnance de 1667, qui n'accordent la complainte que lorsqu'on est troublé en la possession d'un héritage, ou droit réel, ou universalité de meubles.

2°. L'interdit *recuperandæ possessionis*, autrement appellé *undè vi*, est ce que

que l'Ordonnance de 1667, titr. 18, art. 2, nomme *réintégrande*, & cette action eſt accordée à ceux qui ont été dépoſſédés par violence ou par voie de fait ; au lieu que pour la complainte qui n'eſt faite que pour la retention de la poſſeſſion, il ſuffit d'avoir été troublé : la violence & voie de fait ſont deux termes qui ſignifient à peu-près la même choſe, ſi l'on ne veut dire que la violence ſuppoſe quelque réſiſtance, & que la voie de fait n'en ſuppoſe pas : & on punit l'un & l'autre, en ce que la réintégrande ou reſtitution de la poſſeſſion eſt ordonnée avant toute choſe & par un préalable, quand ce ſeroit même le véritable propriétaire qui auroit commis la violence ou voie de fait, & qu'il juſtifieroit de ſa propriété, ſuivant la maxime, *ſpoliatus antè omnia eſt reſtituendus* ; ce qui eſt conforme à l'article 4 du titre de l'Ordonnance déja cité.

Celui qui a été dépoſſédé par violence ou voie de fait, a encore par l'article 2 du même titre de la même Ordonnance, le choix de demander la réintégrande par action civile & ordinaire, ou extraordinairement par action criminelle ; mais il ne lui eſt pas permis d'intenter ſucceſſivement l'une & l'autre de ces deux actions, ayant ſuccombé dans celle qu'il avoit choiſie : il peut tout au plus, quand il a commencé par action criminelle, uſer encore de l'action civile, pourvu qu'en prononçant ſur l'action criminelle, les Juges lui euſſent réſervé l'action civile ; ce qui ſe fait ſuivant l'uſage, lorſque les Juges trouvant par les circonſtances du fait qu'il n'y a pas lieu d'agir criminellement, civiliſent le procès, & convertiſſent les informations en enquêtes.

Du reſte, on ne reſerve pas l'action extraordinaire ou criminelle à celui qui auroit commencé par action civile, d'autant que dans ce Royaume le demandeur même en excès ne peut régulierement prendre d'autres fins & concluſions que celles qu'il pourroit prendre dans une inſtance purement civile ; il faut cependant excepter le cas où les Juges connoîtroient qu'il peut y avoir lieu à quelque peine corporelle, & alors on peut ordonner qu'un procès commencé par voie civile, ſera pourſuivi extraordinairement : on peut voir à ce ſujet l'Ordonnance de 1670, titr. 20, art. 1 & 3. Il en étoit de même par le Droit Romain, ſuivant la Loi 130, *ff. de regul. jur.* & la Loi unique, *cod. quando civilis actio crimin. præjudic.* qui permettoit auſſi par cette raiſon d'intenter ſucceſſivement l'action civile & criminelle.

Outre la complainte en matiere profane dont nous avons déja parlé, on appelle encore du nom de complaintes, les inſtances ou procès en matiere bénéficiale, parce qu'on s'y plaint du trouble qui nous eſt donné en la poſſeſſion du bénéfice & de la poſſeſſion priſe par un autre ; d'autant plus que quelque droit qu'un Eccléſiaſtique ait ſur un Bénéfice, il peut former d'action contre ceux qui pourroient le lui diſputer, s'il n'en a pris la poſſeſſion en la forme ordinaire, ou en vertu d'une Ordonnance du Juge pour la conſervation de ſes droits, & qu'il faut être en poſſeſſion pour ſe plain-

dre du trouble ; à quoi l'on peut ajouter qu'après que le Juge royal a rendu son Jugement définitif sur le possessoire du Bénéfice contentieux, il n'y a plus d'action pour le pétitoire, & le Juge d'Eglise qui jugeoit autrefois du pétitoire, suivant l'article 49 de l'Ordonnance de 1539, ne pourroit aujourd'hui en connoître sans commettre abus : aussi le possessoire du Bénéfice n'est-il adjugé qu'à celui des contendans qui se trouve le mieux & plus canoniquement pourvu, & qui a le meilleur titre, sans s'arrêter aucunement à la priorité de la prise de possession.

On distingue ordinairement trois manieres de prononcer sur le possessoire des bénéfices ; savoir, la pleine maintenue, la récréance, & le sequestre ; c'est ce qu'on appelle les trois chefs de la complainte en matiere bénéficiale : la pleine maintenue au possessoire du bénéfice est accordée à celui des collitigans dont le droit est clair & évident ; la récréance, c'est-à-dire, la possession provisionnelle, à celui dont le droit est le plus apparent ; & le sequestre, lorsque le droit de toutes les parties est douteux. *Voyez le titre de l'Ordonnance de* 1667.

§. 5. *Possidere autem videtur quisque, non solùm si ipse possideat, sed alius ejus nomine.*

Comme la possession en matiere profane donne plusieurs avantages, l'Empereur explique ici comment on peut l'acquérir ou la conserver ; ainsi on conserve sa possession, soit en possédant par soi-même, ou par un fils, un Procureur, un fermier ou un locataire, un commodataire ou un dépositaire, comme il est dit dans ce texte, dans les Loix 9 & 25, *ff. de acquir.* & dans la Loi 1, §. 7, *ff. itinere actuque privat*, ou même quelquefois par la seule volonté, *& animo*, lorsque sans posséder réellement par soi ou par autrui, on n'a pas eu néanmoins la volonté d'abandonner la possession, mais qu'on s'en est absenté dans le dessein de revenir, comme il est dit dans ce §. qui ajoute, que quant à l'acquisition de la possession, c'est une chose indubitable que personne ne peut l'acquérir par la seule volonté, *& solo animo.*

TITRE XVI.

De Pœnâ temerè litigantium.

§. 1. *Ecce enim jusjurandum omnibus defertur, &c.*

Le serment que les parties étoient tenues, suivant ce texte, de prêter avant d'être reçues à plaider, & qui obligeoit tant le demandeur que le défendeur à déclarer, qu'ils croyoient chacun avoir bon droit & bonne cause, n'est

pas d'uſage dans ce Royaume, ayant été regardé comme très-inutile, & pouvant fournir une occaſion de parjure aux plaideurs de mauvaiſe foi, dont le nombre n'eſt que trop grand, qui n'intentent des procès que par cupidité ou par animoſité.

La témérité des plaideurs n'eſt gueres punie parmi nous, que par la condamnation aux dépens, dont le rembourſement eſt moins une peine qu'une indemnité très-légitime pour l'autre partie, & ſouvent même inſuffiſante ; de ſorte que ſi les Juges ſuivoient exactement ce qui eſt ordonné à la fin de ce §. & par les articles 88 & 89 de l'Ordonnance de 1539, ſavoir, de condamner le plaideur de mauvaiſe foi, non ſeulement aux dépens, mais auſſi aux dommages & intérêts procédans de l'inſtance & de ſa témérité taxés à une certaine ſomme, il y auroit ſans doute bien moins de procès : car au ſurplus on ne voit pas que la témérité des plaideurs ſoit arrêtée, ni par l'amende de 12 liv. en laquelle ſont condamnés encore ceux qui ſuccombent dans une appellation ſimple, ſuivant l'Edit du mois d'août 1669, ou de la ſomme de 75 liv. quand il eſt queſtion d'un appel, comme d'abus, ſuivant l'article 37 de l'Edit de 1695, non plus que par l'amende qui eſt encourue, quand on ſuccombe dans une requête civile, ſuivant l'article 39 du titre 35, de l'Ordonnance de 1667.

Bien plus, la même Ordonnance, art. 1, tit. 31, des dépens, enjoint à tous les Juges de condamner la partie qui ſuccombe dans un procès, aux dépens indéfiniment & en entier, ſans qu'ils puiſſent l'en décharger, ſous prétexte de proximité, d'équité, ou autrement ; mais on a depuis ce tems-là pris l'expédient de compenſer les dépens en tout ou en partie, au lieu qu'avant l'Ordonnance on prononçoit quelquefois la décharge des dépens ; cependant cet expédient ne peut gueres convenir que dans le cas ou chacune des parties ſuccombe en quelque point du procès de ſon côté : il ſemble, en effet, que c'eſt preſque le ſeul cas où l'on peut dire, que *paria delicta mutuâ compenſatione tolluntur*, & que la compenſation tient lieu de paiement reſpectif.

Utriuſque etiam partis Advocati jusjurandum ſubeunt.

Ceci n'eſt pas obſervé, comme *Vinnius* & *Perezius* le remarquent eux-mêmes : les Avocats ne prêtent le ſerment qu'une ſeule fois pour toutes, lorſqu'ils ſont admis & reçus à exercer cette profeſſion, quoiqu'il ſoit auſſi d'uſage qu'ils aillent prêter, s'ils le veulent, le ſerment à l'ouverture des Audiences qui ſe fait après la Fête de Saint Martin.

§. 2. *Ex quibuſdam judiciis damnati ignominioſi fiunt.*

Nous ne ſuivons pas le Droit Romain, pour ce qui concerne l'infamie qui étoit encourue par les condamnations pour cauſe de tutelle, mandat, ſocié-

té, dépôt, ou autres semblables, c'eſt-à-dire, que dans les matieres civiles ou qui deſcendent des contrats, nous n'admettons pas la peine d'infamie; on a conſidéré que la perte de l'honneur & de la bonne réputation étoit une choſe de trop grande conſéquence, & que cela produiroit un trop grand nombre d'infâmes, ſouvent ſans beaucoup deraiſon.

A l'égard même des crimes ou délits, on ne tient puor nifamantes que les condamnations à peine corporelle ou afflictive, telles que le fouet, la fleur-de-lys, ou mutilation de membres, l'amende honorable, le banniſſement, ou les galeres, ſoit à perpétuité ou à tems, la privation d'une charge ou office pour crime de l'Officier, ou l'interdiction pour toujours des fonctions d'une charge publique, & quelquefois même l'amende envers le Roi, quoique toutes ces peines n'emportent pas la mort civile, ainſi que je l'ai dit au Livre I, ſur le Titre *de capitis deminutione*, §. 2 & 5, où j'ai encore remarqué quels ſont les effets de l'infamie.

Pour ce qui eſt même de l'amende envers le Roi, elle n'eſt regardée ordinairement comme infamante, que quand elle eſt décernée pour raiſon d'un crime conſidérable; & afin d'ôter à ce ſujet les conteſtations, les Juges ſupérieurs ne manquent pas, quand ils condamnent en une amende envers le Roi ou le Seigneur pour un crime léger, d'y ajouter la clauſe, *ſans note d'infamie.*

TITRE XVII.

De Officio Judicis.

§. 2. *Si contrà poſſeſſorem judicaverit, jubere ei debet, ut rem ipſam reſtituat cum fructibus.*

SUIVANT ce texte, la reſtitution des fruits perçus par le poſſeſſeur condamné, du moins depuis l'interpellation judiciaire, peut & doit être ordonnée d'office par le Juge comme une ſuite néceſſaire du délaiſſement, quoiqu'elle n'ait pas été demandée par la partie : *Godefroy*, ſur la Loi 32, §. 15, *de recept. arbitr.* le dit auſſi à l'égard du Juge, & la Loi 173, *ff. de regul. jur.* décide que lors même que le Juge a omis de prononcer ſur la reſtitution des fruits, la partie peut néanmoins les prétendre en vertu du Jugement de délaiſſement; cependant tout cela eſt contraire à l'Ordonnance de 1667, qui non ſeulement veut dans le titre 35 des requêtes civiles que l'omiſſion de prononcer ſur quelque chef de demande ne ſoit qu'un moyen de requête civile contre un Arrêt, mais qui dans l'article 1, du tit. 30 ne parle encore de la liquidation des fruits qu'autant qu'il y a eu condamnation de les reſtituer par la Sentence, Jugement, ou Arrêt. Et en effet, *Theveneau, dans ſon Commentaire ſur les Ordonnances, liv.* 3, *tit.* 18, *pag.* 463, démontre que la reſtitution

reſtitution des fruits doit être demandée, & qu'il faut que le Juge y prononce.

Au ſurplus la même Ordonnance de 1667, tit. 27, art. 1 & 3, veut que ceux qui ont été condamnés par Arrêt ou par un Jugement qui a paſſé en force de choſe jugée, à délaiſſer la poſſeſſion d'un héritage, ſoient tenus de ce faire quinzaine après la ſignification de l'Arrêt ou Jugement, à peine de l'amende, & que ce délai paſſé ils puiſſent être condamnés par corps au délaiſſement.

Fructum quos culpâ ſuâ poſſeſſor non perceperit.

Au ſujet de la reſtitution des fruits, ſoit à l'égard du poſſeſſeur de bonne foi, ſoit à l'égard du poſſeſſeur de mauvaiſe foi, il n'y a qu'à rappeller ici ce que j'en ai dit au Livre II. Titre I. *de rerum diviſione*, §. 35.

§. 3. *Si ad exhibendum actum fuerit.*

Les actions *ad exhibendum* ne ſont pas connues parmi nous; mais on demande ſans aucun circuit que le poſſeſſeur d'une choſe que nous prétendons nous appartenir, ſoit condamné de la reſtituer.

§. 4. *Si familiæ erciſcundæ judicio actum ſit.*

Ce qui eſt dit dans ce paragraphe & dans les ſuivans, touchant la diviſion des choſe communes, le partage d'hérédité, le plantement des bornes ou ſéparation des poſſeſſions, a été adopté par le Droit François : on doit ſeulement remarquer, que la diviſion des choſes communes peut être demandée par chacun des co-propriétaires, ſi elle peut ſe faire aiſément ; ſinon on en fait une licitation par encheres, dans laquelle on reçoit non ſeulement les parſonniers, mais encore quelquefois les étrangers à enchérir, lorſque les parſonniers ou quelqu'un d'eux n'ont pas de l'argent pour porter la choſe licitée à ſon juſte prix.

Un mineur ne peut pas néanmoins dans les regles demander le partage ou diviſion des biens qu'il a communs avec un autre, s'il n'y a néceſſité ou utilité pour le mineur, & c'eſt au Juge à en décider; mais il peut être actionné en partage, & y être contraint par ſon aſſocié. *Leg.* 17, *cod. de prædiis & aliis rebus minor.* cependant on ne peut faire avec un mineur, quoiqu'aſſiſté de ſon curateur ou tuteur, qu'un partage proviſionel & non définitif, auquel il ſera enſuite libre au mineur, devenu majeur, de s'en tenir, ou d'y renoncer. *Le Brun, des ſucceſſ. liv.* 4, *chap.* 1. Il y a un Arrêt du Parlement de Toulouſe, du 31 Juillet 1728, en la cauſe de la demoiſelle de Trouſſel, & la Dame de Bargeton, ſa mere, contre la Dame de Trouſſel, ſa ſœur conſanguine, épouſe de M. Marcot, qui jugea, en effet, qu'on n'avoit pu faire

avec ladite demoiſelle de Trouſſel, mineure, quoiqu'aſſiſtée de ladite Dame, ſa mere & tutrice, qu'un partage proviſionel des biens de l'hérédité du ſieur de Trouſſel, pere commun des parties; caſſa en conſéquence la tranſaction du 29 mai 1716, paſſée entre leſdites de Trouſſel & de Marcot, concernant le partage deſdits biens, qui avoit été même faite ſans autorité de Juſtice, & ordonna que la perte d'une ſomme de 16000 liv. échue au lot de la mineure, & conſignée en Billets de Banque, par le débiteur, ſeroit ſupportée par l'hérédité paternelle.

TITRE XVIII.

De publicis Judiciis.

§. 2. *Publicorum judiciorum quædam capitalia ſunt.*

NOUS avons comme à Rome des crimes capitaux qui ſont punis par la mort, ou naturelle, ou civile, & d'autres non capitaux qui ne ſont punis que par d'autres peines, ou infamantes, ou pécuniaires; mais nous diſtinguons encore les crimes ou cas royaux, prévotaux, & privilégiés, comme on le voit dans l'Ordonnance de 1670, tit. 1, art. 11, & ſuiv.

La connoiſſance & punition des crimes ou cas royaux eſt attribuée privativement à tous autres Juges, aux Baillifs ou Sénéchaux, & Sieges Préſidiaux; celle des crimes prévotaux eſt attribuée aux Prévôts de MM. les Maréchaux de France, & aux Préſidiaux; & la connoiſſance des crimes privilégiés des Eccléſiaſtiques, c'eſt-à-dire, de ces crimes commis par des Prêtres ou Clercs vivans cléricalement, qui excedent les bornes de la Juriſdiction Eccléſiaſtique, & qui méritent d'être punis par d'autres peines que des peines canoniques, appartient tant aux Baillifs, ou Sénéchaux, qu'au Juge d'Egliſe: on peut voir particulierement au ſujet des cas prévotaux & préſidiaux, la Déclaration du 5 février 1731; & au ſujet des crimes ou cas privilégiés, l'Edit de Melun de 1580, art. 22; l'Edit du mois de février 1678; autre du mois de Juillet 1684; l'Edit du mois d'avril 1695, art. 38, & la Déclaration du 4 février 1711.

§. 3. *Lex Julia Majeſtatis in eos qui contrà Imperatorem vel Rempublicam aliquid moliti ſunt, ſuum vigorem extendit.*

Le crime de leze-Majeſté, contre la perſonne ſacrée du Roi, ou contre l'Etat, étant un crime des plus énormes, eſt auſſi ſoumis à des peines très-rigoureuſes & capitales, non ſeulement contre ceux qui commettent de pareils attentats, mais auſſi contre ceux qui y trempent ou aident à les com-

mettre en quelque maniere que ce puiſſe être ; & même contre ceux qui ayant connoiſſance des projets ou conſpirations contre le Souverain, ou contre l'Etat, n'en font pas leur déclaration & révélation le plutôt qu'il leur eſt poſſible. La ſeule tentative de ces crimes eſt punie de peine capitale, & le deſſein ou penſée de les commettre ſont également puniſſables, lorſqu'il y a preuve, quoique l'effet ne s'en ſoit pas ſuivi. Les biens des coupables ſont confiſqués au profit du Roi, à l'excluſion des Seigneurs des lieux, & quoiqu'ils ſoient ſitués dans des Provinces où la confiſcation n'a pas lieu, & ils ſont déchargés de toutes dettes & hypotheques, même de celle du douaire. La peine de ce crime paſſe aux enfans du coupable, leſquels on bannit du Royaume dépouillés de tous leurs biens & droits, enſemble des ſubſtitutions auxquelles ils ſe trouveroient appellés. La pourſuite de ce crime ne s'éteint pas par la mort du coupable : car on fait le procès à ſon cadavre, s'il exiſte, ſinon à ſa mémoire ; & ce crime ne ſe preſcrit point par quelque laps de tems que ce ſoit ; la folie même n'excuſe pas ceux qui ſe rendent coupables du crime de leze-Majeſté, &c. on peut voir ſur tout cela les Ordonnances rapportées par *Theveneau*, *liv.* 4, *tit.* 5.

§. 4. *Item Lex Julia de adulteriis coercendis quæ temeratores alienarum nuptiarum gladio punit.*

L'adultere a toujours été regardé comme un crime très-grave : par la Loi que Dieu donna à Moyſe, ſuivie par les Loix romaines, il y avoit peine de mort, tant contre la femme qui l'avoit commis, que contre celui avec qui elle avoit adultéré ; & la ſimple ſollicitation au mal, à l'égard d'une femme mariée, eſt miſe au nombre des crimes qu'on puniſſoit extraordinairement, par la Loi premiere, *ff. de extraordin. crimin.*

Aujourd'hui on ſuit, à l'égard des femmes convaincues d'adultere, les peines portées par la Novelle 134, *cap.* 10, d'où a été priſe l'authentique, *ſed hodiè*, *cod. ad Legem Juliam de adulteriis*, à quelque changement près : car la femme adultere n'eſt pas condamnée à être fuſtigée ; mais elle eſt récluſe dans un Couvent, ou lieu de pénitence, d'où le mari peut la retirer & la reprendre pendant deux ans ; & il eſt ordonné que, ce délai paſſé, elle ſera raſée & renfermée pour toujours, ſa dot, en défaut d'enfans, demeurant acquiſe, non au Couvent, mais au mari, à l'excluſion même des parens de la femme, & à la charge par le mari de la nourrir. *Catellan*, *liv.* 4, *chap.* 15.

Du reſte, la preuve de l'adultere doit être claire : car quand elle n'eſt pas complette, & qu'il n'y a que des paroles & manieres d'agir trop libres ou deshonnêtes, on ne peut tout au plus faire condamner la femme qu'en quelques années de Religion & en quelques aumônes.

Le mari eſt ſeul perſonne légitime pour intenter l'accuſation d'adultere :

car les autres parens ne le peuvent faire que civilement & par exception, *quando eorum pecuniariter intereſt*, ainſi que nous l'avons obſervé ſur le titre *de hæredibus inſtituendis*, §. 1, *in fine*; & les Gens du Roi ne peuvent pas non plus accuſer d'office une femme d'adultere, à moins qu'il n'y eût un ſcandale public, ou que le mari fût complice & fauteur de la débauche de ſa femme. *La Roche & Graverol, liv.* 1, *tit.* 7, *art.* 3.

A l'égard des hommes, la peine de l'adultere parmi nous eſt arbitraire & plus ou moins forte, ſuivant les circonſtances & la qualité des perſonnes: je connois un Arrêt du Parlement de Toulouſe, du mois d'août 1718, qui condamna le nommé Tournefeuille, diſtributeur du tabac, à Toulouſe, en une amende ſeulement, & en une année de banniſſement; mais il n'y avoit dans l'eſpece de cet Arrêt aucune circonſtance aggravante: & il eſt certain, que lorſqu'il s'agit, par exemple, de valets ou domeſtiques qui commettent adultere avec la femme de leur maître, ou bien s'il y avoit complot entre la femme & ſon adultere contre le mari, pour l'exceder ou le faire mourir, il pourroit y écheoir ſans contredit la peine de mort.

On a demandé ſi l'adultere commis par un Eccléſiaſtique étoit un cas privilégié, ou ſimplement un délit commun de la connoiſſance du Juge d'Egliſe; mais malgré un Arrêt du Parlement de Toulouſe, du 12 juillet 1720, qui jugea que ce n'étoit qu'un délit commun, & que l'on fait ne devoir pas être tiré en conſéquence, & quoiqu'en diſe *Vedel, liv.* 4, *chap.* 16, il a été jugé par un autre Arrêt du même Parlement, du 12 août 1739, que c'étoit un délit privilégié: ce dernier Arrêt débouta l'Eccléſiaſtique de ſon appel & de la caſſation qu'il demandoit de la procédure faite contre lui, par le Sénéchal de Toulouſe, & renvoya devant ledit Sénéchal, pour continuer de procéder conjointement avec l'Official.

Il a auſſi été jugé par un autre Arrêt du 8 janvier 1712, que l'inſulte d'un coup de bâton donné par le ſieur David, Curé du lieu de Perles, dans le Pays de Foix, au ſieur Claverie, Gentilhomme, étoit un cas privilégié.

Sed & eos qui cum maſculis, &c.

La peine du crime énorme dont il eſt ici parlé, eſt d'être brûlé, vif, ou après avoir ſubi la mort, ſelon les circonſtances: il y a encore une autre eſpece de crime non moins déteſtable, *cùm quis venerea exercet cum animantibus brutis*, & dans ce cas l'uſage eſt qu'on brûle la perſonne, la bête, & le procès, afin qu'il ne reſte plus de veſtiges d'une telle abomination.

Cùm quis ſine vi vel virginem, vel viduam, ſtupraverit.

Nous avons parlé ſur le §. 11, du Titre *de nuptiis*, du rapt de violence, auſſi bien que du rapt de ſéduction des filles ou veuves; j'ajouterai

terai seulement en cet endroit que la déclaration ou accusation affermentée d'une fille, qu'elle est enceinte des œuvres d'un tel, ne suffit pas toujours pour obliger l'accusé à nourrir l'enfant ou à le charger des dommages, il faut que cette déclaration, pour faire preuve, ne parte pas d'une fille prostituée, ni d'une fille qui ait déja fait un autre enfant, & si l'accusation est même dirigée contre un homme marié ou contre un Ecclésiastique, la fille, quoiqu'elle n'ait pas eu jusqualors une mauvaise conduite, n'en est pas crue non plus sur sa seule déclaration, si elle ne prouve les familiarités & la fréquentation avec celui qu'elle accuse, puisque la preuve de cette fréquentation doit même aider la déclaration de la fille, lorsqu'elle n'accuse qu'un homme libre; & c'est ainsi qu'il faut entendre cette maxime, que *creditur virgini se ex aliquo gravidam asserenti.*

J'ajouterai encore, que quoique l'usage ne soit plus de condamner les prétendus séducteurs qu'en quelques dommages & intérêts, eu égard à l'âge, qualité, & faculté des parties, il est d'ailleurs rare qu'on accorde des dommages à une veuve, si elle n'est mineure; on n'en adjuge pas meme aux filles, & on met presque toujours hors d'instance & de procès, quand la plainte de séduction & de gravidation est trop tardive, comme si elle vient après deux ou trois années, ou qu'elle vient de la part d'une fille qui a déja fait un premier enfant, soit du même homme, ou d'un autre; & dans ces cas on ne condamne tout au plus l'accusé qu'aux frais des couches, & à se charger de l'enfant: il est juste aussi de pratiquer la même chose, s'il s'agit d'une fille majeure, vis-à-vis d'un homme marié ou d'un Ecclésiastique.

§. 5. *Item Lex Cornelia de sicariis quæ homicidas ultore ferro persequitur.*

Outre l'homicide involontaire dont j'ai déja parlé sur les §. 2 & 3, du Titre III. de ce Livre, il y a encore l'homicide volontaire, le meurtre de guet-à-pens, & l'assassinat prémédité, qui sont certainement des crimes capitaux en France, comme chez les Romains, & dont on ne peut éviter la peine qu'en obtenant des Lettres d'abolition & de grace: car l'Ordonnance criminelle de 1670, titr. 16, art. 2 & 3, & la Déclaration du 22 novembre 1683, n'exceptent que les homicides commis dans une légitime défense de la vie, ou involontaires, à l'égard desquels il suffit d'obtenir des Lettres de remission ou pardon qui se prennent dans les Chancelleries établies près les Parlemens; mais le moyen le plus sûr pour prévenir tous les inconvéniens, est de recourir encore dans ce cas à la clémence du Roi & aux Lettres d'abolition & de grace, qui ne s'expédient qu'en la grande Chancelerie; & ceux qui aident à commettre un homicide, ou qui assistent ou se trouvent seulement à la compagnie du meurtrier, sont dans la même nécessité le plus souvent.

On comprend assez ce que c'est qu'un homicide commis dans une légitime défense de la vie, c'est-à-dire, qu'il faut que dans l'action on ait couru risque soi-même de perdre la vie ; & l'on ne seroit plus dans le cas, si quelque tems après l'action on avoit tué celui avec qui on avoit eu auparavant à faire ; ou si même dans l'action on avoit tué une personne de laquelle on n'avoit pas à craindre pour sa vie, comme une femme, un enfant, ou une personne qui auroit été sans armes.

Au surplus, c'est au Roi seul qu'il appartient de donner des Lettres de grace ou d'abolition, & pour quelque crime même que ce soit.

Eâdem Lege & venefici damnantur qui artibus odiosis, tam venenis quàm susurris magicis, homines occiderint, vel mala medicamenta publicè vendiderint.

Ces crimes se trouvent aussi réunis ensemble par un Edit du mois de juillet 1682, concernant la punition de ceux qui se disent devins ou sorciers, & des empoisonneurs, qui regle aussi ceux qui peuvent vendre ou employer les drogues dangereuses, & à qui il est permis d'avoir des fourneaux ou laboratoires pour cela ; le Roi dans cet Edit parle des *prétendues magies, & autres illusions semblables* : sur quoi on doit remarquer, que ceux qui font profession de sorcellerie, sont condamnés au dernier supplice, lorsqu'ils ont employé le sacrilege & l'impiété, & abusé des choses saintes & sacrées pour leurs maléfices.

Il y a un Arrêt rendu en la Chambre-Tournelle du Parlement de Toulouse, vers l'année 1702, en la cause d'un laboureur, mené de suite pour cause de sortilege, & accusé notamment d'avoir fossoyé en un jour plus de terrein que trois hommes n'auroient pu en fossoyer, & pour avoir donné du mal ou ensorcellé des enfans & des bestiaux qui en étoient morts, qui ne fit autre chose que le mettre hors de Cour & de procès ; cet homme avouoit néanmoins les chefs d'accusation : il ajoutoit qu'à l'égard du fossoyement, il n'y avoit eu de sa part que beaucoup de diligence, & qu'à l'égard des enfans & des bestiaux, il les avoit fait mourir pour certains mécontentemens qu'il avoit reçu des parens ou des propriétaires dont il expliquoit bien ou mal le sujet ; mais il ne fut regardé que comme un homme qui avoit l'esprit troublé.

§. 6. *Alia deindè Lex asperrimum crimen persequitur, quæ Pompeïa de parricidiis vocatur.*

On appelle parricide, l'homicide ou le meurtre d'un pere ou mere, ayeul, ayeule, frere ou sœur, enfans, oncle, tante, &c. la peine de ce crime, suivant ce texte, étoit d'être enfermé dans un sac de cuir, avec un chien, un coq, une vipere & un singe, & d'être ainsi jetté dans la mer, ou dans la riviere, selon la situation du lieu ; mais cette peine n'est pas observée en France, & le supplice est d'y être puni de mort.

§. 7. *Item Lex Cornelia de falsis.*

Le crime de faux se commet de trois manieres; par les paroles, quand les témoins dépoſent contre la vérité; par les écritures, quand on fabrique ou qu'on fait fabriquer fauſſement, qu'on altere ou qu'on antidate un teſtament, un contrat, ou autre piece; & enfin par le fait ou par les actions, quand on vend à faux poids ou fauſſe meſure, qu'on altere la monnoie, &c.

Il ſuffit de remarquer ici que, ſuivant un Edit du Roi du mois de mars 1680, toute fauſſeté commiſe par des perſonnes publiques dans les fonctions de leurs charges, commiſſions ou emplois, doit être punie de mort; & à l'égard des autres perſonnes & des autres cas, la peine en eſt laiſſée à l'arbitre des Juges, qui peuvent même dans cette derniere eſpece condamner les fauſſaires à la peine de mort, ſuivant l'exigence des cas & la qualité du crime.

Les fauſſetés ont été aſſez fréquentes, dans les pays des Sevennes & du Gevaudan, & le Roi rendit auſſi au mois de novembre 1681, une Déclaration pour les prévenir & y pourvoir.

Au ſurplus, on diſtingue en matiere de fauſſeté des écritures ou ſignatures, le faux principal d'avec le faux incident, celui-ci n'étant formé qu'incidemment contre une piece prétendue fauſſe produite dans une inſtance ou dans un procès, & la procédure ou l'inſtruction de l'un & de l'autre ſont auſſi différentes, comme on peut le voir dans l'Ordonnance du Roi, du mois de juillet 1737.

§. 9. *Lex Julia peculatus eos punit, qui publicam pecuniam furaverint.*

Le péculat eſt un larcin qui ſe commet des deniers royaux ou publics, par ceux-là même qui en ont la direction ou le maniement. L'Ordonnance de François I. de 1545, rapportée par *Theveneau*, *pag.* 506, déclare le péculat un crime capital : ce crime eſt fort approchant de celui que l'Empereur Juſtinien, dans le §. 11, ci-après, appelle *de reſiduis*, qui n'eſt autre choſe que la rétention, diſſipation, ou divertiſſement des deniers royaux ou publics, par les Tréſoriers, Receveurs, Officiers & autres Comptables; & c'eſt pour cela que l'Ordonnance de 1545 les ſoumet auſſi aux mêmes peines que ceux qui auroient commis le crime de péculat; néanmoins la peine de l'un & de l'autre de ces délits n'a pas toujours été la mort, & les Juges l'ont quelquefois mitigée : il y a cependant, du moins à l'égard du divertiſſement des deniers royaux, par les Tréſoriers, Receveurs, & autres Prépoſés, une Déclaration du Roi, du 3 juin 1701, qui veut qu'ils ſoient punis de mort, ſans que les Juges puiſſent modérer cette peine.

§. 2. *Sunt prætereà publica judicia, Lex Julia de ambitu, Lex Julia repetundarum, & Lex Julia de annonâ.*

Le crime *de ambitu*, ou de brigue des Charges, n'eſt point connu en France,

non plus que dans les Etats où la création & nomination des Magiſtrats ou Officiers appartient au Souverain.

Quant au crime de concuſſion que l'Empereur appelle *repetundarum*, ce crime ſe commet, lorſqu'un Officier, ſoit de Judicature, ou de Finance, ou autre perſonne publique, exige de plus grands droits que ceux qui lui ſont légitimement attribués, ou qu'il prend de l'argent, ou autres choſes, pour prévariquer dans ſes fonctions; la peine en eſt arbitraire, ſuivant les circonſtances : comme par exemple, l'interdiction pour un tems ou la privation de ſon Office, Charge ou Emploi, pour toujours, & de pouvoir exercer aucune Charge à l'avenir; à quoi l'on ajoute des peines pécuniaires, des reſtitutions, ou des amendes; quelquefois c'eſt le banniſſement, les galeres, ou l'amende honorable, ou même le dernier ſupplice.

Enfin, pour ce qui eſt du crime *de annonâ*, c'eſt-à-dire, de l'amas & récélement des denrées néceſſaires à la vie, pour les enchérir & les ſurvendre, ou des ſociétés qui ſe contractent à cet effet, ce crime, tout énorme qu'il eſt, eſt néanmoins, dit-on, devenu aujourd'hui familier, d'autant que c'eſt un moyen infaillible de s'enrichir.

Chez les Athéniens, comme le remarque *Vinnius* en ſes notes, on infligeoit dans ce cas la peine de mort; le Droit Romain le mettoit, non ſans raiſon, au nombre de ces crimes publics pour leſquels il étoit libre à un chacun d'agir & de ſe plaindre, & la Loi 6, *ff. de extraord. crimin.* prononce contre les coupables la peine de la rélégation ou de la condamnation à travailler aux Mines : les Arrêts rapportés à ce ſujet par *La Roche*, *liv.* 1, *tit.* 19, ſont aſſez ſéveres; & j'ai vu moi-même, il y a environ vingt-cinq ans, rendre un Arrêt au Parlement de Toulouſe, à la requête de M. le Procureur général, qui condamna le ſieur Picot, pour avoir acheté aux environs de Toulouſe, ou erré une quantité conſidérable de bled, à faire amende honorable par les places & carrefours, la corde au col, en chemiſe, nuds pieds, & un flambeau à la main, en des aumônes & au banniſſement; ce qui fut exécuté.

Il y a pluſieurs anciennes Ordonnances de nos Rois qui ont défendu d'acheter le bled en verd, & ſur pied; mais dans l'uſage elles n'ont lieu que quand ces achats vont à fouler les pauvres gens : car de tels achats ne ſont pas prohibés, & ſont valables, lorſque le bled ſur-tout eſt prêt à cueillir, & en épi, pourvu toutefois qu'il ne ſoit pas queſtion d'aucun amas de grains, ni d'aucune tentative de les enchérir. *Vid. Dolive*, *liv.* 4, *chap.* 9; *Graverol*, *ſur La Roche*, *liv.* 1, *verb. bled*, *art.* 2; *le nouvel Albert*, *verb. achat*, *chap.* 6, *& ſuiv.*

Fin du quatrieme & dernier Livre.

TABLE

TABLE
ALPHABÉTIQUE
DES MATIERES

Contenues dans cet Ouvrage.

A

Abſence, Abſens.

De l'abſence du pere, eu égard au mariage des enfans, *Page* 25
De l'abſence du mari quant aux ſecondes nôces de la femme, 32
Quant eſt-ce que l'abſent eſt cenſé vivant pour légitimer, 334 *& ſuiv.*
Du partage proviſionel des biens de l'abſent, 335
De l'abſence du mari quant à la répétition de la dot, 334
Des ſucceſſion qui écheoient à l'abſent, 335
Où eſt-ce qu'on doit aſſigner les abſens, 454
Si l'abſence pour le ſervice du Roi ou de l'Etat, arrête la preſcription, 453
Des abſens pour crime & pour condamnation, 477

Abſtention.

Du bénéfice d'abſtention des enfans, de l'hérédité de leurs parens, 245 & 246

Acceptation.

Voyez *Donation.*
Des acceptations par leſquelles on s'engage, 309 & 310

Acceſſion.

De l'acquiſition par acceſſion au principal, 95

Accroiſſement.

Ce droit a lieu entre les héritiers, 211
Il a lieu entre les légataires ou fidéicommiſſaires joints par la choſe & les paroles, ou par la choſe ſeulement ; il y a plus de difficulté, quand ils ne ſont joints que par les paroles, 261

Achats & ventes.

La vente eſt parfaite par le conſentement des parties *de re & pretio*, 104
De l'intention des parties de ne vendre ou acheter que par écrit privé ou public, 397 & 398
Des erres, & de leurs pertes ou doublement, quand il n'y a eu qu'un projet ou promeſſe de vendre, *ibid.*
Du prix de l'achat à régler par un tiers, & queſtions là-deſſus, 399
Le prix de la vente doit être en deniers, autrement ce ſeroit plutôt un échange, *ibid.*
Après la vente parfaite les pertes & accroiſſemens regardent l'acheteur, avant même la tradition, & exceptions à cela, 399
La vente des choſes à nombrer, peſer, ou meſurer, n'eſt parfaite qu'après qu'elles l'ont été, *ibid.*
Les ventes à pacte de rachat, ou ſous pacte commiſſoire, ſont parfaites, quoique ſujettes à ſe réſoudre, 400
La vente des choſes hors du commerce eſt nulle, 401
De l'action redhibitoire dans les ventes, 403
De la vente d'une choſe qui n'appartient pas au vendeur, 402
De la vente des biens communs, 403

Des achats faits sous le nom d'un tiers, 382
Des achats faits de l'argent d'autrui, *ibid.*
Des achats du bled en verd, 492

Acte d'héritier.

Se fait expressément, ou tacitement, 254 & *s.*

Actes.

Voyez *Langue.*
Voyez *Solemnités.*
Des actes passés en Pays étranger, ou venant des Pays étrangers, 372

Actions.

Ce que c'est, 451
Les actions n'ont pas en France leur nom & leurs formules comme à Rome 405
Des actions personnelles, réelles & mixtes, & où elles doivent s'intenter, 452 & 453
Des actions appellées *de peculio*, 458
Les actions populaires sont abrogées en France, 432
Toutes actions & jugemens en France sont de bonne foi, 459
Les actions noxales n'ont pas lieu en France, 469
Il n'est pas permis d'intenter successivement les actions civile & criminelle, 481 & 482
Les actions & obligations peuvent commencer, & avec les héritiers, & contre les héritiers seulement, 387
Les actions pénales ne passent pas régulierement aux héritiers, ni contre les héritiers, 475
Voyez *Crime.*

Adoptions.

Elles sont hors d'usage en France, 50 & 226
Adoptions de l'Hôpital de la Charité de Lyon, 51

Adultere.

Quelle est sa peine à l'égard des hommes & & des femmes, 487 & 488
La preuve de l'adultere doit être claire, *ibid.*
Qui peut accuser d'adultere, *ibid.*
L'adultere en la personne des Ecclésiastiques est un cas privilégié, *ibid.*
L'institution ou autres libéralités faites au profit de son adultere sont cassées, 208 & 209
Si le mari peut tuer impunément sa femme adultere, 443

Age.

De l'âge pour postuler, 19
Du terme *atteint*, en matiere d'âge, ou d'années, 18

Alibi

De la preuve de l'alibi 387

Aliénations.

Voyez *Dot.*
Voyez *Mineurs.*
Aliénations des biens d'Eglise, ou de Communautés, 401

Alimens.

Voyez *Bâtards.*
Des alimens à l'égard de ceux qui sont morts civilement, & comment ils les demandent, 120

Alliance.

Voyez *Mariage.*
Les parens d'une personne mariée ne sont pas alliés des parens de l'autre marié, 31
Degrés d'alliance, comment se comptent, *ibid.*
L'alliance par un commerce illicite n'empêche le mariage que jusqu'au second degré, 31
De l'alliance spirituelle par le moyen du Baptême, *ibid.*

Alluvion.

Si ce qui est emporté par violence, & non par alluvion, demeure à son maître, ou appartient au Seigneur, 93
Par le moyen de l'alluvion le cens ou agrier établi à tant par arpent, augmente au profit du Seigneur, ou diminue à son détriment, 92 & 93

Amendes.

Voyez *Infamie.*
De l'amende du fol appel, & autres amendes, 483

Animaux.

Voyez *Dommages.*
Les animaux, soit domestiques, ou apprivoisés, peuvent toujours être réclamés par le maître, quand il les a perdus, 90

Anticipation.

Voyez *Substitutions.*

Antichrése.

Sa différence d'avec l'engagement, 269
L'antichrése fait gagner au créancier tous les fruits du fonds qui lui est baillé pour ses intérêts, & sans imputation sur le capital, *ibid.*
Mais si le fonds a été baillé à loyer ou à ferme par le créancier, il doit imputer

l'excédant des fruits sur le capital, 370
Dans l'antichrése on ne peut pas convenir que le fonds sera acquis au créancier, faute de payement dans un certain délai, *ibid.*

Arbitrage.

Voyez *Hypotheque.*
La peine du délit, dans les compromis & arbitrages, n'a pas lieu en Languedoc, 376

Arbres.

Voyez *Bois.*
Des arbres aux confins des héritages, 97
Des arbres qui nuisent au voisin, *ibid.*

Arrérages.

Les arrérages des rentes foncieres & des rentes obituaires ne se prescrivent que par trente ans, & sont dus depuis vingt neuf ans avant l'instance, 358
Les arrérages des rentes constituées ne sont adjugés que de cinq ans avant l'instance, mais ils sont alloués dans les distributions au rang du capital, 359
Il en est autrement des rentes constituées pour vente de fonds, *ibid.*
Un simple commandement suffit pour interrompre la prescription de cinq ans, 360
Les arrérages des rentes constituées se payent toujours suivant les anciens contrats, quoique les intérêts aient été réduits, *ibid.*

Arrêt.

Villes d'arrêt, 20

Arrêts.

Arrêt du 18 juillet 1682, qui a jugé que les habitans ne peuvent prescrire la faculté contre le droit prohibitif du Seigneur, 82
Autre Arrêt semblable du 6 mai 1727, *ibid.*
Arrêt du 24 juillet 1692, qui a admis la preuve de l'imbécillité & frénésie du testateur, *per quoscumque testes*, 192
Autre Arrêt dareil du 28 avril 1724, *ibid.*
Arrêt du 27 février 1698, qui a condamné un hôte en matiere de vol fait à un passant dans son logis, 366
Autre Arrêt du 5 juin 1696, qui en ce cas a déchargé l'hôte, *ibid.*
Arrêt du 24 mars 1696, qui a jugé qu'un créancier qui n'avoit un contrat que de la veille de la faillite, avoit néanmoins acquis valablement l'hypotheque, 16
Autre Arrêt du 7 mars 1714, qui a jugé l'hypotheque être acquise par un Jugement obtenu trois jours avant le concordat, 17
Autre Arrêt du 25 juin 1716, qui a jugé la même chose sur un aveu fait quatre jours avant le concordat, *ibid.*
Autre Arrêt de juin 1731, qui a jugé la même chose sur un aveu fait quelques heures avant la remise du bilan, *ibid.*
Arrêt du 20 mai 1697, qui a jugé valable un legs de la chose d'autrui, fait à un parent plus éloigné que l'héritier, 259
Arrêt du 26 août 1697, qui a jugé que l'héritier ne confond pas sa donation par le défaut d'inventaire à l'égard du substitué, 334
Autre Arrêt pareil du 2 juin 1723, *ibid.*
Arrêt du premier mars 1701, au sujet de la tutelle d'une mere mineure, 57
Arrêt du 6 avril 1701, qui a jugé qu'un impubére délinquant ne pouvoit pas être puni, ni le pere soumis à des dommages, 438
Arrêt du 18 juillet 1701, qui a annullé une donation faite par une femme la veille de ses fiançailles, le mariage ne s'en étant pas suivi 136 *& suiv.*
Arrêt du 23 mars 1702, qui a condamné un pere à doter sa fille majeure, se mariant contre son gré, quoiqu'elle eût des biens d'ailleurs, 25
Autre Arrêt pareil du 8 mars 1709, *ibid.*
Arrêt du 19 mai 1702, qui a jugé que les servitudes discontinues ne peuvent s'acquérir que par une possession immémoriale, 114
Autre Arrêt pareil du 21 mars 1703, *ibid.*
Autre Arrêt pareil du 8 février 1721, en matiere de servitude de passage, *ibid.*
Arrêt du 19 août 1702, qui a condamné un héritier grévé d'imputer les fruits de cinq années de jouissance sur la moitié de sa quarte, 290
Arrêt de l'année 1702, à l'égard d'un travailleur de terre accusé de sortilége, 490
Arrêt du 4 juin 1704 concernant la prescription du fonds dotal commencée avant le mariage, 154
Autre Arrêt du 4 avril 1707 sur le même sujet, *ibid.*
Arrêt de l'année 1705, qui a jugé valable la déclaration d'un Curé pour un dépôt fait entre ses mains d'une somme pour employer en œuvres pies, 270
Arrêt du 11 août 1705, qui a jugé que le mari peut transiger des droits & sommes

dotales de sa femme, quoique mineure, 155
Arrêt du 5 juillet 1706, qui a jugé que les créanciers qui avoient reçu de leur débiteur, avant la saisie & sa fuite, leur payement, n'étoient pas tenus de le rapporter, 17
Arrêt du 21 août 1706, qui a confirmé une cession faite par un débiteur, n'y ayant encore aucune saisie sur ses biens, 16
Arrêt du 4 avril 1707, au sujet de la validité du testament d'un fils de famille, avec la clause de donation à cause de mort, 190
Arrêt du 14 avril 1707, qui a jugé que les actes de respect, d'un fils qui se marie, peuvent être faits à des jours consécutifs & sans intervalle, 25
Arrêt du mois d'août 1707, qui a jugé que ces mots ajoutés à une institution, *au cas que je vienne à mourir cette campagne*, ne la rendoient pas conditionnelle, 274
Arrêt du mois d'août 1707, qui a jugé de nul effet la dénonce faite par un créancier cédulaire à la femme qui se marie, 460
Arrêt de l'année 1708, qui a jugé que la donation faite hors de la Coutume de Toulouse par une femme à un de ses enfans, comprend la dot, 153
Autre Arrêt pareil du 29 juillet 1722, *ibid.*
Arrêt du 5 mai 1708, au sujet de la transaction passée par un fils de famille, sur injures par lui reçues, sans la participation de son pere, 445
Arrêt du mois d'août 1708 concernant la solidité à l'égard des collataires en matiere d'incendie, 408
Arrêt du 22 janvier 1710, au sujet de coups de canne donnés à un hôte, 447
Arrêt du 18 mars 1710, au sujet d'un soufflet donné par un Capitoul menacé dans l'exercice de ses fonctions, *ibid.*
Arrêt du 2 mai 1710, qui a jugé que l'on peut acquérir des fenêtres à aspect sur le fonds du voisin par trente ans, tout comme les autres servitudes, 112
Arrêt du 29 avril 1711, au sujet de la preuve de la filiation, 91
Arrêt du mois de septembre 1711, au sujet du retrait féodal, après avoir demandé les lods, 406
Autre Arrêt du 5 juin 1720, sur le même sujet, *ibid.*
Autre Arrêt de même du 10 juillet 1732, 407
Arrêt du 8 janvier 1712, qui a jugé que l'injure d'un coup de bâton donné par derriere par un Curé, est un cas privilégié, 488
Arrêt du 11 février 1713, au sujet de la caution de payer le jugé de la part des étrangers, 473
Autre Arrêt qui a jugé que l'étranger n'est pas tenu de cautionner indéfiniment, du 17 mars 1714, *ibid.*
Autre Arrêt du 3 février 1730, qui a jugé que les étrangers, Boursiers de Collége, ne sont pas soumis à bailler cette caution, *ibid.*
Arrêt du 7 juillet 1713 contre un curateur, pour avoir assisté un mineur dans un mariage de mésalliance sans l'avis des parens, 28
Arrêt du 18 août 1713, qui a jugé qu'il est permis de prendre des intérêts, quand il y a changement de débiteur, 357
Arrêt du 15 décembre 1713 contre une consignation faite la veille d'une diminution d'especes, 424
Autre Arrêt du 14 décembre 1724, qui a validé un payement fait à un Huissier exécuteur la veille d'une diminution, *ibid.*
Arrêt du 8 janvier 1714, qui a jugé que la peine du dédit dans les compromis n'a pas lieu en Languedoc, 376
Arrêt du 21 mars 1714, qui a jugé qu'un legs d'une somme, *si l'on n'étoit pas Prêtre, payable à vingt-cinq ans*, étoit dû à cet âge, sans bailler caution, 274
Arrêt du 14 juillet 1714, au sujet de l'inventaire fait par le Juge dans le cas de l'absence de l'héritier, 254
Arrêt du 25 janvier 1715, qui a jugé que l'ayeul ne doit pas les alimens au bâtard de son fils, s'il n'a des biens dudit fils en ses mains, 439
Autre Arrêt pareil du 2 juin 1730, *ibid.*
Arrêt du 25 janvier 1715, qui a jugé que le pere succédant à un de ses enfans héritiers de leur mere, n'a jamais l'usufruit des portions de ses autres enfans co-succédans, quand même l'usufruit de la dot lui seroit accordé par le contrat de mariage, 166
Arrêt du 14 juillet 1715, qui a jugé que le créancier qui a déchargé de la solidité l'un des coobligés solidaires, peut néanmoins agir solidairement contre les autres, 377
Arrêt du 15 juillet 1715, qui a jugé que la substitution compendieuse faite au profit

d'un

d'un aſcendant, ne prive pas la mere de ſa légitime, ni de la trébellianique du chef de ſon fils, 222
Arrêt du 7 août 1715, qui a jugé que l'action redhibitoire n'avoit pas lieu dans la vente d'un mulet, après trente jours depuis ladite vente, 403
Arrêt du 15 décembre 1715, qui a jugé que la caution qui n'a accédé à l'obligation que poſtérieurement, a pourtant hypotheque du jour de ladite obligation, 392
Arrêt du 25 mai 1716, qui a jugé que l'enfant Religieux eſt compté dans le nombre de cinq enfans pour excuſer de la tutelle; 75
Arrêt du 17 juillet 1716, qui a rejetté une caution de difficile convention 390
Arrêt du 28 août 1716, qui a reçu à la ceſſion des biens pour dépens en matiere criminelle, 466
Arrêt pareil du 19 ſeptembre 1743, & qui a auſſi jugé qu'on ne peut être reçu à la ceſſion pour les dépens cumulés avec les dommages & intérêts en matiere criminelle, *ibid.*
Arrêts du 3 ſeptembre 1716, en matiere de fenêtres ou ouvertures ſur les toits, dans la ville de Montpellier, 112
Arrêt du 23 mars 1717, qui a jugé que l'héritier par bénéfice d'inventaire, quoiqu'il ait paſſé un titre nouveau aux créanciers, en eſt quitte en répudiant, 251
Arrêt du 30 avril 1717, qui a refuſé la ceſſion des biens pour des dépens à un dénonciateur, 466
Arrêt du 25 juin 1717, qui a jugé que l'ouverture d'un teſtament ne pouvoit ſe faire qu'au tems marqué par le teſtateur dans la ſuſcription; 175
Arrêt du 21 juillet 1717, qui a jugé que les aſſociés doivent ſupporter leur part du vol fait à l'un d'eux, des deniers communs, 423
Arrêt pn 27 août 1717, qui a jugé que les fruits des portions de ſucceſſion des enfans, perçus par le pere, doivent ſe compenſer avec l'entretien qu'il leur a fourni, 166
du mois d'août 1718, qui a condamné un homme pour adultere en une amende & un an de banniſſement, 488
Arrêt du mois de mars 1719, au ſujet des émancipations à faire pardevant un Notaire, 54
Arrêt du 13 mars 1719, qui a jugé que la folie d'un délinquant ne le garantit pas des dommages & intérêts à prendre ſur le curateur, 470
Arrêt du 7 juin 1719, qui a jugé que des pactes de mariage de main privée n'ont ni hypotheque ni privilege que du jour de l'aveu, 460
Arrêt du 7 août 1719, qui a jugé que la falcidie prohibée ſur certains légats ſe peut prendre en entier ſur les autres, 277
Arrêt du 10 mai 1720, qui a jugé que le payement ſtipulé par une fille, *quand elle ſe mariera*, ne lui étoit dû que quand elle ſe marieroit, quoiqu'elle eût déja quarante ans, 273
Autre Arrêt du 22 août 1731, qui a jugé qu'un legs payable à une fille, *quand elle ſe mariera*, ou *ſe fera Religieuſe*, lui étoit dû à trente ans, quoiqu'elle ne fût ni mariée, ni Religieuſe, *ibid.*
Arrêt du 5 juin 1720, au ſujet des inſultes faites à un Conſul dans ſes fonctions, 447
Arrêt du 27 juin 1720, qui a jugé que l'indignité de la tutelle, encourue par la mere par ſa malverſation, paſſe aux parens maternels, 60
Arrêt du 12 juillet 1720, qui a jugé que l'adultere commis par un Eccléſiaſtique n'étoit pas un cas privilégié, 488
Arrêt contraire du 12 août 1739, *ibid.*
Arrêt de juillet 1720, qui a déchargé une veuve, uſufruitiere des meubles & effets de ſon mari, de bailler caution, 119
Arrêt du 12 mai 1712, au ſujet de la ſervitude de jour ou de clarté, 112
Arrêt du 31 août 1722, au ſujet des actes d'héritier, 255
Autre Arrêt du 5 juillet 1725, ſur le même ſujet, *ibid.*
Arrêt du 4 ſeptembre 1722, au ſujet de l'imputation des payemens ſur la dette la plus dure, 425
Arrêt du 2 mars 2723, qui a jugé qu'après trente ans on n'étoit pas recevable à attaquer un contrat pignoratif & uſuraire, pour le faire déclarer tel, 370
Arrêt contraire du 30 mars 1725, 371
Arrêt du 18 août 1723, au ſujet des injures dites à un Juge par une femme qui avoit perdu ſon procès, 447
Arrêt du 3 mars 1724, au ſujet d'un démenti donné par un Greffier dans un Conſeil de Communauté, *ibid.*

Arrêt du 8 mai 1724, qui a jugé qu'il peut y avoir lieu à la garantie en matiere de délits légers, 420
Arrêt du premier août 1724, sur la maniere de procéder pour constater l'imbécillité ou démence, 71 & 72
Arrêt du 27 janvier 1725, au sujet de la saisie des revenus des Bénéficiers, *deducto ne egeant*, 464
Arrêt du 27 mars 1725, sur la dépaissance réciproque après la levée des fruits en certains lieux du Languedoc, 470
Arrêt du mois d'avril 1725, qui a jugé que le maître est responsable de l'incendie causé par son valet, 408
Arrêt du 30 mai 1725, qui a jugé que le Seigneur ne peut plaider au nom de son Procureur jurisdictionnel que dans son Siege, 472
Autre Arrêt semblable du 2 septembre 1729, *ibid.*
Arrêt du 14 août 1725, qui a jugé que le petit-fils qui n'étoit né ni conçu lors de la mort de l'ayeul, peut lui succéder, & demander sa succession qui se trouve vacante, 340
Arrêt du 18 août 1725, qui a jugé qu'un condamné à mort civile ne doit demander ses alimens que par le ministere de la Partie publique; 151 & 182
Arrêt du 12 mars 1726, qui a jugé que le bail à loyer à perpétuité rompt le louage à tems, 410
Arrêt du 5 juillet 1726, qui a jugé qu'un dépositaire volontaire n'est pas tenu du vol des deniers déposés, arrivé par cas fortuit, 367
Arrêt du 24 juillet 1727, au sujet du défaut des publications de bans en faite de mariage, 43
Arrêt du 9 septembre 1727, au sujet d'un mariage tenu caché & secret, pour la déchéance des effets civils 44
Arrêt du 13 décembre 1727, qui a jugé qu'un testament peut être confirmé par un codicile, 313
Arrêt du 10 février 1728, au sujet de l'inondation permanente d'un fonds dont il a resté cap & motte, 95
Arrêt du 24 juillet 1728, au sujet des témoins au testament de l'aveugle, 194 & 274
Arrêt du 31 juillet 1728, qui a jugé qu'on ne peut faire avec un mineur, quoiqu'assisté de son curateur, qu'un partage provisionel, 489
Arrêt du 27 août 1728, au sujet de l'équivoque dans les termes d'un legs, 271
Arrêt de l'année 1729, qui a cassé le testament d'un homme qui vouloit passer pour fille. 192
Arrêt du 23 mai 1729, qui a rejetté pour caution un Conseiller en Cour Supérieure, 391
Arrêt du 28 juin 1729, qui jugea que dans les testamens olographes des peres à Montpellier, il falloit pour la réduction de la légitime des enfans, y appeller des témoins, 238
Arrêt du 8 juillet 1729, qui a jugé que les séparations volontaires entre mariés sont cassables, 22
Arrêt du 16 juin 1730, qui a restitué un mineur, malgré son assertion de majorité faite dans le contrat, 71
Autre Arrêt pareil du 2 août 1731, *ibid.*
Arrêt du 17 juillet 1730, qui a jugé que les Jugemens souverains rendus en Pays étranger contre un François s'exécutent par provision en France, mais qu'il faut de nouveau contester dans ce Royaume sur le fonds, 8
Arrêt du 9 septembre 1730, qui a permis de tuer les chiens & autres animaux trouvés dans les vignes, depuis le dernier août jusqu'après les vendanges, 470
Autre Arrêt semblable du 26 avril 1724, *ibid.*
Autre Arrêt pareil du mois de juillet 1735, *ibid.*
Arrêt du 9 novembre 1730, qui a permis à un Noble de chasser dans ses possessions jusqu'aux quatre chemins, 87
Arrêt du 29 décembre 1730, qui a refusé les intérêts des arrérages de censives, liquidés entre le cessionnaire du Seigneur & l'Emphitéote, même depuis l'instance, 357
Arrêt du premier juin 1731, qui a jugé que les donations pures & simples, faites en contrat de mariage par l'un des futurs époux à l'autre, ne sont pas sujettes au droit de retour, 146
Arrêt du 7 août 1731, qui a jugé que n'y ayant pas de Coutume locale qui permette les ouvertures, même hors d'aspect, dans les murs mitoyens, on ne peut pas y en avoir, 111
Arrêt du 21 août 1731, qui a relevé par le Velleyen une femme de l'obligation qu'elle

avoit contracté conjointement avec son pere, quoiqu'elle eût sollicité l'emprunt, & quelle ne se fût pourvue que treize ans après l'acte, mais dans les dix ans depuis la mort du pere, 362

Arrêt du premier septembre 1731, au sujet des diminutions d'une somme déposée, 364

Arrêt du 6 septembre 1731, touchant la particule disjonctive ou alternative dans les testamens, 213

Arrêt du 29 mars 1732, au sujet de la vente du fonds du mineur faite *sine decreto*, & dont le prix avoit été dissipé par le curateur, 159

Arrêt du 11 septembre 1731, au sujet des prescriptions d'un an ou de six mois, 133

Arrêt du 10 mai 1732, qui a jugé que l'acquéreur d'un fonds sujet à une rente obituaire qu'il ignoroit, n'en doit les arrérages que depuis l'instance, 130

Arrêt du premier août 1732, qui a jugé que l'héritier grévé de rendre ce qu'il aura de reste de l'hérédité, ne peut rien aliéner, 311

Arrêt du 30 août 1732, contre un parjure découvert, 459

Arrêt du 28 janvier 1733, qui a jugé que le délai porté par les Déclarations de 1698 & 1725 contre les Religionaires fugitifs, est de rigueur, 320

Arrêt du 20 février 1734, au sujet de l'année de viduité & des habits de deuil, 265

Autre Arrêt du 18 septembre 1743, sur le même sujet, *ibid.*

Arrêt du 25 février 1734, qui a jugé qu'on peut être reçu à prouver, même par témoins, le payement de la rente constituée; fait depuis moins de trente ans, pour interrompre la prescription, 359

Arrêt du 6 mai 1734, qui a jugé que l'élection de sépulture, ailleurs que dans la Paroisse, doit être prouvée par écrit, 85

Arrêt du 26 mai 1734, qui a jugé que de l'argent mis ou déposé entre les mains d'un négociant, les intérêts peuvent être stipulés, 353

Arrêt de Réglement du 31 mai 1735, portant défenses de prendre à partie les Officiers de Justice en aucun cas, sans en avoir obtenu la permission, 450

Arrêt du 8 juin 1735, en matiere d'exception, *pecuniæ non numeratæ*; & que c'est toujours à celui qui l'oppose à la prouver, 396

Arrêt du 7 septembre 1735, qui a jugé que les intérêts de la légitime sont dûs toujours de plein droit, quand même elle auroit été cédée à un collatéral ou à un étranger, 257

Autre Arrêt pareil du 10 septembre 1743, *ibid.*

Arrêt du 14 mars 1736, qui a jugé que par les secondes nôces le pere est privé de la propriété de sa portion de succession à l'un de ses enfans, quoique mort avant lesdites secondes nôces, & qu'il n'en a que l'usufruit, 166

Arrêt du 17 mars 1736, qui a jugé que la femme mariée ne peut céder, traiter, ni aliéner ses actions dotales elle seule durant le mariage, & sans son mari, 155

Arrêt du 14 mai 1736, qui a jugé que les parens peuvent prouver par témoins le mauvais commerce du testateur en matiere de fidéicommis verbal & secret, 282

Autre Arrêt pareil du 8 août 1748, *ibid.*

Arrêt du 12 juillet 1736, qui a jugé que les ruisseaux appartiennent au Seigneur Justicier, 81

Arrêt du 6 septembre 1736, qui a déclaré nul un testament fait en faveur d'un Hôpital, où la fille du testateur légitimée par Lettre du Prince avoit été prétérite, & ce nonobstant la clause codicillaire, 49

Arrêt du premier avril 1737, qui a jugé que les intérêts d'un prêt, liquidés par acte entre les parties, étoient dus, & qu'on ne peut être restitué envers un billet, quoique fait sans énonciation de cause, 355

Arrêt du 16 avril 1737, qui a jugé que l'absent depuis plus de dix ans, lors de la mort de son pere, n'a pas de légitime, ni ne succéde pas avec effet, mais seulement sous la condition du retour, 334

Arrêt du 29 avril 1737, qui a jugé qu'une mere ne pouvoit pas être relevée par le Velleyen de l'obligation contractée pour délivrer son fils d'une procédure de vol, 395

Arrêt du 11 mai 1737, qui a jugé que la promesse d'instituer un fils, faite en le mariant, sous la réserve d'une certaine somme, empêche le pere de pouvoir disposer de rien au-delà, 205

Arrêt du premier juillet 1737, qui a jugé que celui qui a baillé à loyer à perpétuité, peut reprendre son fonds faute de paye-

ment de la rente dans un court délai, & & ſans en pourſuivre le décret, 401
Autre Arrêt pareil du 9 ſeptembre 1743, *ibid.*
Arrêt du 8 mars 1738, qui juge que la ſubſtitution fidéicommiſſaire renfermoit la vulgaire, & cela même ſans le ſecours de la clauſe codicillaire, 284
Arrêt du 2 mai 1738, qui a jugé que l'élection faite à un fidéicommis doit être gratuite, & qu'autrement elle eſt nulle & caſſable, 302
Arrêt du 4 juin 1738, qui a jugé que les ventes des meubles & effets, faites par le tuteur pour l'entretien même du pupille, ſans permiſſion de Juſtice, ſon en pure perte pour ledit tuteur, 63
Arrêt du 9 avril 1739, qui a jugé que celui qui doit la ſervitude de paſſage ou chemin, peut fermer ledit chemin par une porte, en en remettant une clef à celui à qui la ſervitude eſt due, 110
Arrêt du 4 juillet 1739, qui a jugé que dans dans cette Province de Languedoc, les Curés pouvoient recevoir les teſtamens, quoiqu'il n'y eût pas dans le lieu de Statut exprès qui le leur permît, 182
Autre Arrêt pareil du 21 avril 1746, avec Arrêt du Conſeil du 29 juillet 1748 qui le caſſe, *ibid.*
Arrêt du 3 juin 1740, qui regle que l'inſinuation des donations doit ſe faire aux Bureaux établis pour cela, & non aux Greffes des Sénéchauſſées, 142
Arrêt du 3 juillet 1740, qui a jugé que le défaut d'inſtitution en la légitime, ou en ce qui eſt légué aux légitimaires, rend le teſtament nul, malgré la cauſe codicillaire, 242
Arrêt du 10 mars 1742, qui a reçu un enfant à s'abſtenir de l'hérédité de ſa mere, nonobſtant le défaut d'inventaire, n'étant pas prouvé, qu'il ſe fût immiſcé dans ladite hérédité, 246
Arrêt du 17 mars 1746, qui a jugé que le vice de la prétérition, ou défaut d'inſtitution du légitimaire, n'eſt pas couvert par le fidéicommis, même univerſel, fait ſous condition en ſa faveur, 243
Arrêt du 23 août 1747, ſemblable au précédent, *ibid.*
Arrêt du 23 août 1740 qui a jugé que l'on peut acquérir par trente ans une ſervitude plus ample qu'elle n'eſt portée par le titre, 117
Arrêt du 28 août 1742, qui a caſſé un teſtament non écrit par le Notaire, 170
Autre Arrêt pareil du 2 ſeptembre 1746, *ibid.*
Arrêt de l'année 1743, qui a jugé que la donation faite par le pere à ſon enfant mâle qui ſe marie, pour droits paternels & maternels, renferme les droits maternels, 151
Arrêt du 10 ſeptembre 1743, qui a jugé que l'augment eſt dû à la femme, quoique non ſtipulée, dans les lieux même où il n'y a pas de Statut local pour cela, s'il n'y a une ſimple Coutume ou Uſage, 148
Arrêt du 5 ſeptembre 1744, qui a jugé que celui qui a accepté une hérédité ſur la répudiation d'une autre qui n'avoit pas fait inventaire, étoit héritier pur & ſimple, ſans pouvoir lui-même faire inventaire, 202
Arrêt dudit jour 5 ſeptembre 1744, qui a jugé qu'en matiere de ſucceſſion collatérale, pour montrer la proximité, il n'eſt pas beſoin de monter à la ſouche commune au défunt avec tous les autres collatéraux, 332
Arrêt du 17 décembre 1745, qui a jugé qu'en cas de réſolution d'une vente déja parfaite, il eſt dû deux droits de lods au Seigneur, 430
Arrêt du 2 ſeptembre 1746, qui a jugé que le fonds acquis par le mari des deniers ou ſommes dotales, n'eſt pas dotal, & appartient au mari, 383
Arrêt du 27 marr 1747, qui a jugé que l'action pour fait de groſſeſſe, ne paſſe pas aux héritiers de la femme décédée, 476
Arrêt du 5 mai 1747, qui a jugé que la donation faite par une mere en faveur de mariage étoit irrévocable, quoique le mariage ne s'en fût pas ſuivi, 136
Arrêt du 15 juillet 1747, qui a maintenu les Notaires de la ville de Montpellier, contre les Officiers du Sénéchal de ladite ville; à faire l'ouverture des teſtamens clos, 175
Arrêt du 21 avril 1747, qui a jugé que les teſtamens olographes & de main privée en faveur de la cauſe pie, dans le Pays de Droit Ecrit, ſont nuls 176
Arrêt de l'année 1748, concernant les teſtamens reçus par un Notaire de Seigneur hors de ſa Juriſdiction, 352
Arrêt ſans date, concernant le teſtament d'un villageois

villageois qui avoit avoit inſtitué ſon cheval héritier, & donné ledit cheval à un de ſes neveux, 207
Arrêt ſans date, qui a déchargé le conſtituant de jurer, s'il n'avoit pas promis verbalement une plus grande dot, 396
Arrêt ſans date, contre les achats & amas de bled, 492

Aſyle.

Le droit d'aſyle n'a pas lieu en France, 20

Aubaine.

Voyez *Etranger.*
Le droit d'aubaine empêche le mari & la femme de ſuccéder, 349

Aveu.

Tous les Juges ſont compétens pour l'aveu, excepté les Juges d'Egliſe, 357
L'aveu fait remonter l'hypotheque au jour de l'obligation privée contre l'obligé, mais non pas au préjudice d'un tiers, *ibid.*

Augment.

On applique à l'augment ou gain de ſurvie entre les mariés, tout ce qui eſt dit dans le Droit, de la donation à cauſe des nôces, 148
L'augment, ou gain de ſurvie, eſt, ou coutumier, ou conventionnel, 149
En défaut de Coutume l'augment n'eſt pas dû ſans convention, mais une Coutume ou Uſage non écrit ſuffit pour l'accorder, 149
L'augment a hypotheque du jour du contrat de mariage, *ibid.*
S'il n'y a pas d'enfans, l'augment ſe gagne en propriété; & s'il y a des enfans, en uſufruit, outre une virile en propriété, quand on ne ſe remarie pas: car ſi on ſe remarie, on n'a que le ſimple uſufruit de l'augment, *ibid.*
Cette virile ſe regle ſur le nombre des enfans qu'il y a à la mort du dernier conjoint, *ibid.*
L'augment eſt une tierce eſpece de biens, qui n'eſt ni paternel, ni maternel, & ainſi il appartient aux enfans, quoiqu'ils ne ſoient pas héritiers de celui qui l'a gagné, ou qu'ils répudient ſa ſucceſſion. 149
La virile gagnée par le conjoint, s'il n'en diſpoſe pas nommément, ſe partage auſſi entre tous les enfans, ſoit héritiers, ou non, *ibid.*
Une diſpoſition univerſelle, ou une obligation générale des biens, n'eſt pas une diſpoſition ſuffiſante pour cette virile, *ibid.*
L'augment & la virile n'appartiennent qu'aux enfans du lit ou du mariage dont ils procédent, *ibid.*

B.

Banniſſement.

PERPÉTUEL eſt comparé à la déportation qui avoit lieu chez les Romains, 54

Bâtard.

Voyez *Légitimation.*
Voyez *Succeſſion.*
La bonne foi des mariés, ou de l'un d'eux, empêche que les enfans ne ſoient déclarés bâtards, 32
Les bâtards en France ne peuvent pas ſuccéder, & ne peuvent prétendre que les alimens, 44
Les bâtards ne peuvent ni ſuccéder, ni être inſtitués par leurs parens naturels, mais les collatéraux ou les étrangers leur peuvent faire des libéralités, 45
Les enfans légitimes des bâtards leur ſuccédent, *& vice versâ*, *ibid.*
On peut inſtituer héritier le bâtard de ſon fils légitime, ſi on n'a pas, en mourant, ſoi-même des enfans; mais on ne peut pas inſtituer les enfans même légitimes de ſon bâtard, *ibid.*
Les bâtards peuvent diſpoſer & teſter en faveur d'autres que de leurs aſcendans naturels, *ibid.*
Le bâtard mourant ſans enfans légitimes & ſans teſter, le Roi ou le Seigneur lui ſuccéde par droit de bâtardiſe; & comment, *ibid.*
Le conjoint du bâtard qui étoit marié, & qui eſt décédé ſans laiſſer des enfans & ſans faire teſtament, lui ſuccéde pourtant, à l'excluſion du Roi ou du Seigneur, 45 & 46

Bâtimens.

Des bâtimens faits ſur ſon ſol, ou terrein, avec les matériaux d'autrui, 96
Des bâtimens faits ſur le ſol ou fond d'autrui, à ſes propres dépens, *ibid.*

Bénéfice de Compétence.

De ne pouvoir être tenu de payer qu'à proportion de ſes forces, n'a pas lieu en France, 464

Bénéfice de diviſion & de diſcuſſion.

A l'égard de pluſieurs coobligés & de la rénonciation à ce bénéfice, 376
De ce bénéfice à l'égard de pluſieurs cautions, 390
Bénéfice de diſcuſſion à l'égard des tiers acquéreurs, Voyez *Diſcuſſion.*

Biens.

Voyez *Dettes.*
Voyez *Noms.*
Voyez *Vacans.*
De la diviſion des biens en meubles & immeubles, &c. 108
Des biens abandonnés & déguerpis, 105

Bois & Forêts,

Des droits d'uſage des bois & forêts concédés aux Communautés, 124

Boutaric corrigé, 4, 25, 27, 38, 43, 63, 72, 81, 82, 100, 103, 104, 106, 123, 127, 135, 145, 153, 160, 170, 179, 183, 188, 189, 198, 199, 219, 228, 239, 240, 241, 242, 245, 249, 253, 279, 281, 287, 294, 304, 308, 340, 373, 374, 392, 440, 449, 468,

C.

Capacité.

CAPACITÉ des témoins, par rapport à quel tems eſt requiſe, 178
Capacité du teſtateur, en quel tems eſt requiſe, 192
Quid, s'il s'agit du teſtament d'un criminel, 193
Capacité de l'héritier, n'eſt requiſe qu'au tems du décès du teſtateur, 244 & 339
La capacité des légataires & des fidéicommiſſaires n'eſt même requiſe que lors de l'échéance des legs ou fidéicommis, 246
De ceux qui ſont capables ou incapables de ſuccéder, 318 & *ſuiv.*
Pour être capable de ſuccéder, il faut être né ou conçu lors du décès de celui à qui l'on doit ſuccéder, 339

Caution.

Voyez *Uſufruit.*
L'obligation de la caution paſſe à ſes héritiers, 389
Le cautionnement peut précéder ou ſuivre l'obligation, *ibid.*
En quel cas les cautions ſont déchargées de leur obligation, 390
Si la caution devient inſolvable, on peut en exiger une nouvelle, ou ſe faire payer, *ibid.*
Pluſieurs cautions ſont toujours ſolidaires envers le créancier, quoiqu'il n'en ait été rien dit, *ibid.*
Pluſieurs cautions peuvent uſer du bénéfice de diviſion, ſi elles ſont toutes ſolvables & ſi elles n'y ont pas renoncé, *ibid.*
Elles jouiſſent auſſi du bénéfice de diſcuſſion, ſi elles n'y ont pas renoncé, *ibid.*
Les cautions judiciaires ne jouiſſent pas du bénéfice de diviſion & de diſcuſſion, *ibid.*
Les cautions ne doivent pas être de difficile convention, 392
Si les Juges ſupérieurs & les Prêtres peuvent être reçus à cautionner, *ibid.*
L'une des cautions qui a tout payé, peut-elle toujours agir ſolidairement contre les autres cautions, *ibid.*
La caution ne peut pas être obligée à plus que le débiteur principal, mais elle peut s'obliger à moins, 392
La caution du principal l'eſt auſſi pour les intérêts depuis l'inſtance, quoiqu'il n'en ait été rien dit, *ibid.*
La caution n'eſt pas tenue des dépens faits contre le débiteur principal, *ibid.*
La caution qui paye le créancier, entre ſans ceſſion dans tous ſes droits contre le débiteur principal, *ibid.*
La caution eſt allouée pour les intérêts qu'elle a payé, au rang du capital, 392
Quand la caution a payé des intérêts par force, on lui adjuge même les intérêts deſdits intérêts du jour des payemens, & on les alloue au rang du capital; *ſecùs*, ſi elle a payé leſdits intérêts volontairement, 293
Quand la caution n'a payé que le capital par force, on lui en alloue les intérêts depuis le payement, & au rang du capital; *ſecùs*, ſi elle a payé volontairement *ibid.*
L'inſtance formée contre le débiteur, interrompt la preſcription contre la caution, & fait auſſi courir les intérêts contre elle, *ibid.*
Les payemens faits par la caution prorogent l'action du créancier au-delà de trente ans, tant contre le débiteur, que contre la caution, *ibid.*
La caution qui a payé le créancier, n'a pour.

tant que trente ans du jour des payemens pour demander ſon rembourſement au débiteur; autrement il y auroit preſcription, *ibid.*
De la caution de payer le jugé, 472

Ceſſion d'action.

Le ceſſionnaire entre en la place & droits du cédant ſans ſubrogation, 426
Après la ceſſion d'une ſomme, acceptée ou ſignifiée, les créanciers du cédant ne peuvent plus la faire ſaiſir, 428
Quand eſt-ce qu'on peut oppoſer au ceſſionnaire les mêmes exceptions qu'au cédant, 429

Ceſſion des biens.

A quelles perſonnes la ceſſion des biens eſt accordée, ou non, 465 & 466
Si celui qui a fait ceſſion de biens, venant à acquerir de nouveaux biens, eſt encore ſujet à l'action de ſes créanciers, *ibid.*
Les ceſſionnaires ne ſont plus ſoumis à porter le bonnet vert, *ibid.*

Chaſſe.

La chaſſe eſt défendue aux roturiers non poſſédant Fief ou Haute-Juſtice, à peine de 100 liv. d'amende, &c. 86
Le Haut-Juſticier peut chaſſer & prohiber lui ſeul la chaſſe; & quand la Haute-Juſtice eſt diviſée, ce droit appartient à celui qui en a la plus grande portion, ou celle de l'aîné, &c. *ibid.*
Les permiſſions de chaſſer, données par le Seigneur, ne ſervent qu'aux nobles, *ibid.*
Les nobles peuvent chaſſer dans le pourpris de leurs maiſons, 87
Les roturiers ne peuvent chaſſer que dans leurs clapiers, & ſans armes, *ibid.*
Les poſſeſſeurs de Fief dans la Juſtice d'un Seigneur, peuvent y chaſſer, & même dans toute la Juriſdiction, ſi le Fief eſt épars, juſqu'à ce que le Seigneur les ait fait cantonner, *ibid.*
La chaſſe pour les Seigneurs de Fief eſt un droit utile, au lieu qu'elle ne ſemble être qu'un droit honorifique pour le Seigneur Haut-Juſticier, *ibid.*
Divers Seigneurs de Fief dans une Juriſdiction ne s'excluent pas de la chaſſe, 88
Les poſſeſſeurs de fonds allodiaux, mais roturiers, n'y peuvent pas chaſſer, non plus que ceux qui n'ont que de ſimples cenſives roturieres, *ibid.*
Le Seigneur ſuzerain peut chaſſer dans les Juſtices & Fiefs de ſa mouvance, *ibid.*
Le Seigneur Juſticier ne peut pas chaſſer dans la Terre d'un autre Seigneur ſans ſon aveu, ni y pourſuivre le gibier ſans lui en avoir fait politeſſe, *ibid.*
Les Seigneurs qui par leur état ne peuvent pas chaſſer, peuvent commettre un chaſſeur, *ibid.*
Les Seigneurs Juſticiers, ou de Fiefs, ne peuvent pas chaſſer en tems prohibé, 89
Les particuliers ne peuvent pas clorre leurs leur fonds, pour empêcher le Seigneur d'y chaſſer, *ibid.*
Un Eccléſiaſtique accuſé du fait de chaſſe ne peut pas décliner la Juriſdiction laïque, *ibid.*
La faculté de chaſſer ne peut pas s'acquérir par preſcription, *ibid.*
Si la chaſſe eſt quelquefois un vol, *ibid.*
La chaſſe aux pigeons eſt ſévérement défendue, *ibid.*
L'amende de 100 liv. pour fait de chaſſe eſt au profit du Seigneur, quand la pourſuite ſe fait devant ſon Juge, autrement elle eſt adjugée au Roi, 90
Quand il y auroit pluſieurs accuſés du fait de chaſſe dans le même procès, on ne les punit que par une ſeule amende qui eſt ſolidaire tout comme les dépens en cette matiere, *ibid.*

Chemins.

Des chemins & marche-pieds le long des rivieres, 83
Le chemin emporté par la violence des eaux, doit être rétabli ſur la terre la plus prochaine, 93

Chévaliers de Malthe.

Du pécule des Chévaliers de Malthe, 15

Choſes.

Corporelles ou incorporelles, 107

Clauſe codicillaire.

Voyez *Quarte.*
La clauſe codicillaire change le teſtament en codicile *ab inteſtat*, en retenant par les ſucceſſeurs légitimes la trébellianique, 293
La clauſe codicillaire empêche la caducité de l'inſtitution au profit du ſubſtitué, & même ſans elle le teſtament militaire n'eſt pas rendu caduc par le prédécès de l'héritier, 283

La clauſe codicillaire ne couvre pas la prétérition ni le défaut d'inſtitution des légitimaires, 199 & 242
La clauſe codicillaire ſe peut mettre dans tous les teſtamens, ſoit clos & ſecrets ou autres, ſans qu'il ſoit néceſſaire de la mettre dans l'acte de ſuſcription, 293
Cette clauſe étant omiſe ne ſe ſupplée pas, *ibid.*
De l'héritier qui n'a pas agi d'abord qu'en vertu de la clauſe codicillaire, 294

Clauſes dérogatoires.

Sont abrogées & n'ont plus lieu, même à l'égard de la cauſe pie, 226 & *ſuiv.*

Clauſes générales.

Les clauſes générales dans les actes ne s'étendent pas à ce dont les parties n'ont pas traité, 427

Clauſes pénales.

Sont ſouvent regardées comme comminatoires, 375

Codiciles.

Les codiciles peuvent ſe faire & avant & après un teſtament, comme auſſi ſans teſtament, 312
Les codiciles faits, ſoit avant, ſoit après le teſtament, par une perſonne qui a teſté, ſe rapportant audit teſtament, il arrive que ſi le teſtament eſt nul, il entraîne la nullité du codicile, ſoit antérieur, ſoit poſtérieur, 313
L'inſtitution d'héritier faite, par un codicile, ſans teſtament, ſe change en fidéicommis, 314
Un acte, quoique qualifié de codicile, s'il y a toutes les formalités requiſes pour un teſtament, vaut comme teſtament, 312 & 314
Un teſtament nul par quelque défaut de formalité peut être confirmé par un codicile poſtérieur, quoique les mêmes diſpoſitions n'y ſoient pas répétées, ce codicile équipollant à une clauſe codicillaire miſe dans ledit teſtament, 313
Comment on peut laiſſer ou ôter directement une hérédité par un codicile, *ibid. & ſuiv.*
Si l'on peut par un codicile ajouter ou changer une condition à l'inſtitution d'héritier déja faite par teſtament, 314
On peut faire pluſieurs codiciles valables, pourvu que l'un ne déroge pas à l'autre, 315
Cinq témoins préſens tous enſemble ſuffiſent à un codicile, y compris même le Notaire, ſi d'ailleurs il eſt par écrit & daté, 316
Deux témoins même y ſuffiſent, ſi la Coutume locale le permet, *ibid.*
Les femmes ne peuvent plus y être témoins, *ibid.*
Le codicile fait par un fils de famille, vaut, s'il décéde *ſui juris*, *ibid.*

Communaté de biens.

Entre mariés, 418 & 419

Communautés.

Voyez *Bois.*

Communautés & Corps.

Doivent être établis par Lettres-Patentes, 208
Communaux, 106

Compenſation.

Voyez *Legs.*
De la compenſation des legs avec les dettes contractuelles & volontaires, ou légales, & autres, 263 & 264
De la compenſation du legs avec la dot conſtituée à une fille, 264
Une dette preſcrite ne peut pas ſe compenſer avec une qui ne l'eſt pas, 362
La compenſation ſe fait de plein droit, & comment, 464
On ne peut compenſer que de dettes liquides, & des dettes qui ſoient exigibles en même-tems, 465
Il ne peut pas y avoir de compenſation à oppoſer en fait de tailles, dépôt, &c. *ibid.*
De la compenſation dans une diſtribution de biens, *ibid.*
De la ceſſion priſe pour compenſer, *ibid.*

Complainte.

De la complainte en matiere profane, &c. 480
De la complainte en matiere bénéficiale, 481

Conception.

Elle équipolle ſouvent à la naiſſance, 248

Concubinage.

Eſt condamné en France, 44 & 209
L'inſtitution ou autres libéralités au profit des concubines ſont nulles, 209

Concuſſion.

Du crime de concuſſion, 489

Conditions.

Voyez *Legs.*
Voyez *Héritier.*
Voyez *Particule.*
Des inſtitutions d'héritier conditionnelles, 211
Des conditions potestatives, caſuelles & mixtes, 213
De la condition du mariage, 273
Comment on peut connoître qu'un legs ou une inſtitution ſont conditionnels, 272
Les obligations conditionnelles par contrat paſſent aux héritiers, 375
Dans les obligations la condition venant à arriver a un effet rétroactif, *ibid.*
Les obligations contractées ſous des conditions impoſſibles, ou contre les bonnes mœurs, ſont nulles, quand la condition eſt conçue en termes affirmatifs; *ſecùs*, en termes négatifs, 386
Mais dans les diſpoſitions de derniere volonté, la condition impoſſible ou contre les bonnes mœurs eſt tenue pour non écrite, & ne les rend pas nulles, *ibid.*

Confiſcation.

Les Lettres de grace ou d'abolition privent le Seigneur de la confiſcation, 441
La confiſcation ne préjudicie pas aux frais de Juſtice, ni aux dommages & intérêts, *ibid.*

Confuſion.

Voyez *Inventaire.*

Congrès.

Aboli & défendu, 39

Conſeil.

N'oblige pas, s'il n'y a de la fraude, 420

Conſignation.

Comment ſe doit faire, 424
Conteſtation en cauſe, 475
Contrat pignoratif, 370
Voyez *Engagement.*

Contrelettres.

Aux contrats de mariage, 206

Courtiers.

Des courtiers & proxenetes infidéles, 446

Coutumes

De la rédaction par écrit des Coutumes, 3
La Coutume ne décidant pas un cas, on a recours à celle de Paris, *ibid.*
De la diſtinction des Coutumes, en perſonnelles & réelles, 6
La Coutume de Toulouſe qui exclut la mere de ſuccéder à ſes enfans, n'a lieu que dans la Banlieue de ladite ville, 7 & 341
La Coutume de Toulouſe qui appelle à la ſucceſſion les plus proches du côté du pere, à l'excluſion de ceux de la mere, & autres, n'a pas égard au double lien, 341
La coutume de Montpellier, pour la réduction à la moitié de la légitime, ne doit plus avoir lieu, 238
Ladite Coutume de Montpellier, concernant cette réduction, n'avoit lieu que pour les biens ſitués dans ſon district, 7
La Coutume de Montpellier qui donne au mari l'uſufruit des immeubles dotaux pendant ſa vie, après le décès de la femme, a lieu, malgré même le droit de retour, & ſi elle s'étend aux offices, 176
De la Coutume ou Statut de Montpellier pour l'arreſtation des débiteurs forains, 20
De la Coutume de Montpellier qui défend à la femme qui n'a pas d'enfans, de donner ou teſter en faveur de ſon mari, ſans appeller ſes plus proches parens, que juſqu'à concurrence du quart de ſes biens, 191

Créanciers.

Voyez *Renonciation.*
Voyez *Uſufruit.*
Des fraudes faites au préjudice des créanciers, 16 & 454
Les créanciers peuvent exercer toutes les actions de leur débiteur, 455
On ne peut pas anticiper la reſtitution d'un fidéicommis au préjudice de ſes créanciers, *ibid.*

Crime.

Voyez *Garantie.*
Voyez *Succeſſion.*
Diviſion des crimes, 432
La vengeance des crimes appartient en France à la Partie publique, *ibid.*
Procédure pour la pourſuite & punition des crimes, *ibid.*
La peine des crimes eſt quelquefois arbitraire en France, *ibid.*

On ne peut condamner pour un crime grave qu'après une procédure extraordinaire, *ibid.*
En fait de crimes, le plaignant peut toujours se désister, sauf à l'accusé ses dommages & intérêts, 434
On ne peut transiger que des crimes non capitaux, ou non sujets à peine afflictive, *ibid.*
Dans les crimes graves on punit même l'entreprise & la volonté, 436
Celui qui a commis le crime, & celui qui en a donné l'ordre, sont sujets à l'accusation, 437
Des crimes commis par des impubéres, & que le pere n'est pas responsable des dommages & intérêts dans ce cas, non plus que quand le fils est pubére, s'il n'a en main des biens propres à son fils, 438
Le crime est éteint par la mort naturelle du prévenu avant sa condamnation, sauf dans les cas où l'on fait le procès à la mémoire, 474 & 475
Cependant les biens du prévenu sont toujours affectés pour les dommages & intérêts, 475
Si la folie excuse du crime, 470
Des crimes royaux, prévotaux, & privilégiés, 486
Du crime de leze-Majesté, *ibid.*
Du crime de sodomie & bestialité, 487
Du crime de concussion, 488
De la mort du criminel pendant la contumace, ou pendant l'appel, 35

Curatelle, Curateur.

La tutelle & curatelle sont confondues en pays de Coutume, 68 & 69
En pays de Droit Ecrit la curatelle a lieu depuis la puberté jusqu'à 25 ans, 69
Du curateur donné aux pupilles pour les contestations qu'ils ont avec le tuteur, 68
On ne donne pas de curateur au mineur malgré lui, excepté pour les procès où il faut lui donner son Procureur pour curateur, à peine de nullité des procédures, 70
Les curateurs des mineurs dans les contrats sont nommés par les mineurs eux-mêmes, & à quoi est bonne cette formalité, *ibid.*
De la maniere de donner des curateurs aux prodigues, fols, imbécilles, muets & sourds, 71
Le curateur est donné principalement aux biens, 70
Le tuteur, après la tutelle finie, ne peut pas être obligé d'être curateur, 78
Le mari peut être curateur de sa femme, *ibid.*

D.

Décret des biens.

Voyez *Pacte commissoire.*
Du rabattement des décrets, 157

Décret des personnes.

Il y en a de trois sortes, 432

Dégrés de parenté.

Comment les dégrés de parenté se comptent par le Droit civil & par le Droit canonique, & en quoi on suit l'une ou l'autre computation, 30 & 331
Les dégrés d'alliance ou d'affinité se comptent comme ceux de parenté, 31
Comment se fait la preuve de la parenté ou des dégrés de parenté, 331 & 347

Délai.

Voyez *Terme.*
Les Juges peuvent accorder un délai de trois mois pour payer, & même un délai plus long, 372

Délégation.

Ce que c'est, & quand elle produit novation, 428

Démence.

De la preuve de démence & imbécillité d'une personne vivante, 71

Dénonce.

De la dénonce des créanciers du mari à la femme qui se marie, & que le créancier dénonçant prend le rang & allocation de la femme, & celle-ci le sien, 460
La dénonce est inutile à un créancier cédulaire, *ibid.*
Des cas qui équipollent à une dénonce, & où elle n'est pas nécessaire, *ibid.*

Dénonciateurs.

Comment ils doivent faire leurs dénonciations, & à quoi ils sont exposés, 433

Denrées.

De l'amas & enchérissement des denrées, 489

Dépens.

De la compensation des dépens, 483

Des dépens en matiere civile ou criminelle, 466

Dépenses.

De la répétition des dépenses & améliorations faites au fonds d'autrui, 97

Dépôts.

Des dépôts secrets faits pour être remis à un tiers après la mort, 269
Des dépositaires publics, 364
Du dépôt, & à quoi il oblige le dépositaire, 365
Le dépôt fait en quantité n'est qu'un prêt, & le dépositaire supporte les diminutions, 364
Le dépôt en especes doit être rendu en mêmes especes, *ibid.*
Le dépositaire ne peut se servir du dépôt, & si c'est de l'argent comptant, il en doit alors les intérêts, 365
Le dépositaire ne prescrit jamais le dépôt, mais son héritier n'en est pas tenu après trente ans, si le dépôt n'existe plus, *ibid.*
Le dépôt nécessaire peut être prouvé par témoins, *ibid.*
Le dépositaire ne peut opposer ni compensation, ni autres exceptions, *ibid.*
Le dépositaire peut être contraint par corps à la restitution, *ibid.*
Dans les distributions des biens le dépôt qui se trouve en nature, est distrait avant toute œuvre en faveur du déposant, 367 & 368

Deshérence.

Des biens vacans par deshérence, 108 & 347

Dettes.

Les dettes actives & les rentes constituées se reglent par la résidence du débiteur, 108 & 341

Deuil.

De la pension de l'année de deuil, & des habits de deuil, 265

Discussion.

Voyez *Caution.*
Voyez *Solidité.*
De la discussion introduite en faveur des tiers acquéreurs, 457

Domaine.

De la Couronne est imprescriptible, 131
De l'union ou incorporation des biens au domaine, 132

Dommages.

Des dommages dûs à la veuve & aux enfans de celui qui a été tué, 441
Des dommages causés par cas fortuit ou par imprudence, 442
Des dommages causés par la faute des ouvriers ou artisans, 443
Des dommages causés par les Chirurgiens, Médecins, Notaires, Procureurs &c. 444
Des dommages causés par des choses jettées ou versées, ou qui étoient suspendues, 442, 450 & 451
Du dommage causé par les tuiles tombant d'un toit, 451
De l'estimation des dommages, *ibid.*
Des dommages causés par les valets ou domestiques, 469
Des dommages causés par les animaux féroces ou vicieux, *ibid.*
Des dommages causés par des fols, 470
Des dommages causés par le bétail de paissant, & quaed est-ce qu'on peut y prendre la voie criminelle, 471
Des dommages causés dans les vignes, & qu'il est permis d'y tuer les bestiaux depuis le dernier août jusqu'après les vendanges, *ibid.*
Des dommages & intérêts en matiere criminelle, 466

Donations.

Les donations qui ne sont pas accompagnées de tradition, exigent un contrat public, 104 & 137
Différence d'entre les donations entrevifs & les donations à cause de mort, 135
En Pays Coutumiers, les donations faites à l'article de la mort, quoique qualifiées entrevifs, ne valent pas même comme donation à cause de mort, 135
Des donations entre mari & femme durant le mariage, *ibid.*
Des donations du pere à l'enfant non émancipé, 136
Les donations faites par le pere en contrat de mariage à l'enfant, quoique non émancipé, sont valables & irrévocables, si le mariage s'ensuit; & *quid* des donations faites par une mere ou par un étranger, quand le mariage ne s'accomplit pas, *ibid.*
Le donataire n'est jamais obligé qu'à concurrence des biens donnés, & peut toujours ré-

pudier, quoiqu'il n'ait pas fait d'inventaire, 67
Les donations à cause de mort doivent se faire par acte public, avec cinq témoins, 137
Elles sont valables sans acceptation, *ibid.*
De l'acceptation des donation entre-vifs, *ibid.*
Elles peuvent être acceptées après coup & en l'absence du donateur, mais de son vivant & par acte public, & jusqu'à ladite acceptation le donateur peut les révoquer, 138
L'acceptation doit être expresse, & ne peut être supplée par des équipollens, *ibid.*
De l'acceptation des donations faites à l'Eglise ou à la cause pie, aux pupilles & aux mineurs *ibid.*
Quand est-ce que la donation faite à une femme a besoin d'être acceptée par son mari, 139
Les donations faites par contrats de mariage aux conjoints ou à leurs enfans, soit même par des étrangers, valent sans acceptations, *ibid.*
Y ayant plusieurs donataires subordonnés ou substitués, l'acceptation du premier suffit pour tous, *ibid.*
De la donation faite au pere & à ses enfans, 140
La donation faite au futur époux en contemplation ou en faveur de mariage, & des enfans à naître, ne donne aucun droit auxdits enfans, 140
De l'acceptation des donations faites à des enfans nés & à naître, *ibid.*
Donner & retenir ne vaut, 141
Des donations avec réserve d'usufruit, ou clause de constitut & précaire, *ibid.*
La donation faite à une personne & à ses enfans à naître, appelle les enfans par voie de fidéicommis tacite, mais on permet au pere de choisir un d'entr'eux pour la recueillir, 140 & 141
Les donations des biens présens & à venir sont défendues & nulles, excepté en contrat de mariage, en faveur des conjoints ou de leurs descendans, 141
Quand une donation renferme des meubles ou effets mobiliers, il doit en être fait un état, *ibid.*
Donation faite à deux personnes, n'étant acceptée que par l'un d'eux pour tous, ne vaut pas pour celui qui n'a pas accepté, & sa portion n'accroît pas à l'acceptant, 381
De l'insinuation des donations dans les quatre ou les six mois, moyennant quoi elles ont un effet rétroactif, 142
L'insinuation des donations doit se faire aux Bureaux établis pour cela, *ibid.*
Les donations peuvent être insinuées après le délai de quatre mois, mais alors elles n'ont pas d'effet rétroactif, 143
Donation non insinuée est nulle à l'égard de tous, excepté à l'égard du donateur, *ibid.*
Les donations ou dots faits en ligne directe par contrats de mariage, n'ont pas besoin d'insinuation, non plus que les institutions ou promesses d'instituer contractuelles en ligne directe, 143
Les donations pour augment ou gain de survie, ne sont pas sujettes non plus à l'insinuation, *ibid.*
Ni les donations des effets mobiliers, ni celles qui n'excedent pas 100 liv. d'argent, *ibid.*
Les mineurs, l'Eglise, Hôpitaux & Communautés, ne sont pas restitués du défaut d'insinuation, sauf leur recours, 144
De la révocation des donations par ingratitude, & qu'en donnant on ne peut pas renoncer à cette révocation, *ibid.*
Cette action en révocation ne peut pas s'intenter par les héritiers du donateur mort sans se plaindre, ni par le donateur contre les héritiers du donataire mort avant sa plainte, *ibid.*
Ladite révocation par ingratitude n'a pas un effet rétroactif, & laisse subsister les aliénations ou les hypotheques, au lieu que le droit de retour & la survenance d'enfans ne laissent pas subsister, 145
C'est au donateur de prouver les faits d'ingratitude, *ibid.*
Combien de tems dure l'action en révocation par ingratitude, *ibid.*
De la révocation des donations pour le mariage des enfans avant vingt-cinq ou trente ans, ou sans avoir requis l'avis des parens, 144
Toutes donations, même celles faites en faveur de mariage par autres que par les conjoints ou les ascendans se révoquent de plein droit par la survenance d'enfans légitimes, même posthumes, ou par la légitimation par mariage subséquent, 146
Les donations, même pour cause pie, ou pour fondations, se révoquent par ladite survenance d'enfans, même les dots, & sans attendre la mort du mari, *ibid.*
Les rénonciations à un droit établi, & transactions gratuites, se révoquent par la même survenance d'enfans. *ibid.*
La donation est révoquée par la naissance de l'enfant,

l'enfant, quoiqu'il fût conçu lorſqu'elle a été faite, *ibid.*
Et les biens donnés reviennent au donateur, libres de toutes hypotheques, même celles de la dot & de l'augment, *ibid.*
Les donations demeurent révoquées, nonobſtant la mort de l'enfant, & ne revivent pas par aucun acte confirmatif, ſi on ne donne de nouveau les biens, 147
Cette action en révocation peut être intentée par les héritiers du donateur, & même contre les héritiers du donataire, 148
Le donateur ne peut pas renoncer à la révocation de la donation par ſurvenance d'enfans, *ibid.*
Des perſonnes à qui on ne peut pas donner, 269
Si celui qui a donné une partie de ſes biens, peut aliéner au préjudice du donataire, 404

Dot.

Voyez *Hypotheque.*
Voyez *Exception non numeratæ pecuniæ.*
Le pere peut être contraint de doter ſa fille majeur qui ſe marie contre ſon gré, 25
De la conſtitution ou augmentation de la dot faite durant le mariage, 149
En Pays de Coutume le mari peut aliéner le fonds dotal, du conſentement de ſa femme, 151
Mais en Pays de Droit Ecrit l'aliénation des fonds dotaux, ou même leur hypotheque, ſont défendues durant le mariage, tant au mari qu'à la femme, 152
Des cas où l'hypotheque du fonds dotal ſeroit valable pour juſte cauſe, *ibid.*
Le fonds dotal peut être aliéné dans le contrat même de mariage, comme auſſi s'il a été ſtipulé dans le contrat qu'il pourroit l'être, *ibid.*
Le fonds dotal peut auſſi être aliéné, quand il a été baillé au mari, eſtimé à une certaine ſomme, ſauf qu'alors, en cas d'inſolvabilité du mari, la femme & les enfans peuvent la révendiquer, *ibid.*
Le fonds dotal peut auſſi être aliéné pour cauſe néceſſaire, ou pour tirer le mari de priſon, *ibid.*
De la donation de la dot, ou de partie de la dot faite par la femme à un de ſes enfans durant le mariage, 143
De l'aliénation ou licitation du fonds dotal qui eſt commun avec un tiers, *ibid.*
Le fonds dotal peut être aliéné ou décrété à la requête des créanciers des pere ou mere de la femme auxquels il appartenoit, ou pour les dettes de la femme contractées avant le mariage, *ibid.*
La femme ne peut pas révoquer l'aliénation du fonds dotal durant le mariage, mais le mari lui ſeul, à moins que la femme ne ſe fût faite ſéparer en biens, *ibid.*
La preſcription du fonds dotal ne court pas durant le mariage, ſi ce n'eſt qu'elle eût commencé auparavant, 154
Le mari eſt le maître des ſommes, effets & obligations dotales, & peut les aliéner comme il veut, au lieu que la femme ne peut les céder ou aliéner ſans lui, *ibid.*
Le mari peut même traiter & tranſiger des droits & ſommes dotales, quoique ſa femme ſoit mineure, *ibid.*
Des dots ou donations faites par le pere vaguement pour droits paternels & maternels, 151
De la répétition ſubſidiaire de la dot & augment ſur les biens ſubſtitués, & que ce privilege, ſe tranſmet à tous les héritiers de la femme, 462
De la répétition ſubſidiaire de la dot & augment ſur les biens donnés en contrat de mariage, faiſant retour au donateur, & que ce privilege n'eſt pas tranſmiſſible, *ibid.*
La dot & augment ne peuvent plus aujourd'hui être répétés ſur les donations révoquées par la ſurvenance d'enfans au donateur, *ibid.*
De l'année qui eſt accordée pour rendre la dot en argent, 265
Des diſpoſitions à cauſe de mort de la dot, faites par la femme qui laiſſe des enfans, en faveur d'autres perſonnes, 155
Du pacte de ne pas répéter la dot, & s'il eſt valable, *Douaire.* 384
Du douaire préfix ou coutumier, 148

Droit.

Du Droit Public & du Droit Privé, 2
Des Pays de Droit Ecrit, *ibid.*
Le Droit Romain eſt ſubordonné au Droit François, 3

E.

Eaux.

Voyez *Rivieres.*
Voyez *Ruiſſeaux.*

L'EAU d'une ſource ou fontaine appartient au maître du fonds; mais peut-il toujours

l'y retenir, ou empêcher que d'autres s'en ſervent? 81

Egliſes.

Les Egliſes, ou Chapelles bénites ou conſacrées, ſont hors du commerce, 84
Elles ne peuvent être bâties que par permiſſion de l'Evêque Diocéſain; *ibid.*
De l'hypotheque ou décret ſur un local non payé, où l'on auroit bâti une Egliſe, *ibid.*
Les fruits prenans ſont tenus d'entretenir le Chœur & cancel, & les habitans, ou bien tenans, la nef de l'Egliſe, la clôture des cimetiéres, & de fournir le logement au Curé, *ibid.*
Une Egliſe étant détruite & ruinée, le local devient profane; & des autres profanations des Egliſes, 85

Election, droit d'élire.

La donation faite à une perſonne & à ſes enfans à naître, appelle leſdits enfans par voie de fidéicommis, qui laiſſe pourtant au pere ou mere deſdits enfans le droit d'élire un d'entr'eux pour recueillir la donation, 140
Celui qui eſt grévé de rendre à pluſieurs perſonnes non nées, ou non déſignées par leur nom, peut en élire une, mais non pas ſi ces perſonnes ont été déſignées chacune en particulier, 302
L'élection d'un d'entre pluſieurs éligibles eſt irrévocable, & on ne peut pas varier, quand on a élu en contrat de mariage, ou par un acte entre-vifs dûement accepté, 300
On peut varier, quand on a élu par un teſtament ou codicile, ou par un acte entre-vifs non accepté, ou bien avant le tems prohibé par le teſtateur, 301
Quand eſt-ce que le ſurvivant de deux grévés d'élire peut révoquer la premiere élection, & varier, *ibid.*
Celui qui n'a qu'une pure faculté d'élire, ſans être grévé de rendre & ſans trait de tems, ne peut pas varier, *ibid.*
Si deux grévés d'élire peuvent diviſer leur droit, & élire ſéparément, *ibid.*
La ſeconde élection étant en faveur d'un incapable, la premiere vaut & ſubſiſte, *ibid.*
Celui qui a le pouvoir d'élire, ne peut tranſporter ce droit à un autre, ni à ſon héritier, *ibid.*
Le droit d'élire un des enfans s'étend aux enfans mêmes qui ont été conçu ou ſont nés dans la ſuite, *ibid.*
Une élection peut être révoquée pour mauvais mariage fait ſans l'avis des parens, ou pour injures graves contre eux, 302
Le grévé d'élire peut élire deux ou pluſieurs des éligibles, *ibid.*
Si le grévé d'élire meurt ſans avoir fait d'élection, tous les éligibles ſont appellés, à moins que le teſtateur n'en eût déſigné quelqu'un, *ibid.*
Celui qui eſt chargé d'élire les mâles préférablement aux filles, ne peut pas élire un mâle avec une fille, *ibid.*
L'élection doit être gratuite, *ibid.*
Si l'inſtitution d'héritier univerſel vaut une élection tacite, & ſubſiſte malgré la répudiation, 303
Si la donation univerſelle vaut auſſi une élection tacite, *ibid.*
L'élection tacite ne ſuffit pas, quand en défaut d'élection le teſtateur a nommé, *ibid.*
Le droit d'élire ſe perd par la condamnation aux galeres ou au banniſſement perpétuels, *ibid.*
Mais il ne ſe perd pas par le convol en ſecondes nôces de la mere, ni par le défaut d'avoir gardé la condition de viduité à elle impoſée, 304
Si le droit d'élire ſe perd par les ſecondes nôces de la mere dans l'année du deuil, ou par malverſation dans ledit tems, ou pour s'être remariée ſans avoir fait pourvoir de tuteur aux enfans du premier lit, *ibid.*
On ne peut pas élire un des enfans du ſecond degré au préjudice de ceux du premier, ſi le teſtateur ne l'a permis, *ibid.*
En cas de prédécès de tous les enfans du premier degré éligibles, le droit d'élire s'éteint, ſi le teſtateur n'en a autrement diſpoſé, *ibid.*
Les filles ne peuvent pas être élues en défaut de mâles éligibles, 204
On ne peut charger l'élu d'aucune ſubſtitution, même en faveur d'un autre éligible, ſi le teſtateur ne l'a permis, 305
Non pas même quand il s'agiroit des biens qu'on auroit donné, en ſe réſervant la faculté d'y élire, ou d'y ſubſtituer, *ibid.*
Si celui qui élit, donne ou laiſſe encore des biens à l'élu & lui ſubſtitue pour le tout, & que l'élu accepte, la ſubſtitution eſt bonne, 306

Emancipation.

Voyez *Puiſſance paternelle.*
Voyez *Uſufruit.*

Dans la plûpart des Pays Coutumiers le mariage émancipe, 22
A Toulouſe & à Montpellier, malgré la Coutume locale, le mariage n'émancipe pas, ſur-tout les filles, 52
Un ayeul émancipant ſon fils marié, & qui a des enfans, ces enfans nés avant ladite émancipation ne ſont pas après la mort de l'ayeul ſoumis à la puiſſance paternelle, *ibid.*
Si au contraire l'ayeul émancipe, non ſon fils, mais ſes petits-fils, ceux-ci ne ſont pas non plus après la mort de l'ayeul ſoumis à la puiſſance de leur pere, *ibid.*
Des émancipations tacites par une habitation ſéparée & volontaire pendant dix ans, & qu'on leur donne même un effet rétroactif, 53
Des charges ou dignités qui émancipent, *ibid.*
L'émancipation peut ſe faire devant le Juge ou devant un Notaire, 54
Si l'on peut émanciper par Procureur, *ibid.*
L'émancipation ne peut pas ſe faire pour un ſeul acte, ni à tems, ou ſous condition, *ibid.*
L'ayeul peut émanciper ſon fils, ſans émanciper ſes petits-fils, & *vice verſâ*, 56
Le petit-fils conçu avant l'émancipation du fils faite par l'ayeul, demeure même en la puiſſance de l'ayeul, *ibid.*
Si un ayeul en émancipant ſon fils peut lui céder la puiſſance paternelle ſur les petits-fils, *ibid.*
Les enfans retombent en la puiſſance de leur pere, après la mort de l'ayeul qui eſt décédé ſans émanciper, ni ſon fils, ni ſes petits-fils, 52
Des cas où le pere peut être contraint d'émanciper ſes enfans, 56
L'émancipation ne produit aucun changement aujourd'hui par rapport aux ſucceſſions, 55 & 340
Ni par rapport à la néceſſité du conſentement des peres ou mere lors du mariage des enfans, 55

Emphitéoſe.

Différence de l'emphitéoſe d'avec le bail à fief, 405
Différence de l'emphitéoſe d'avec le bail à loyer à perpétuité, 406
L'emphitéoſe doit payer l'entiere rente ou cenſive, malgré la ſtérilité ou perte des fruits, & même malgré la perte du fonds en partie, ſi ce n'eſt que la cenſive fût réglée à tant par meſure de terre ; mais la perte totale du fonds éteint la cenſive, *ibid.*
La perte ou confiſcation du fonds n'a pas lieu dans l'emphitéoſe par le défaut de paiement de la rente, ni autrement, non plus que dans le bail à fief, & l'emphitéote ni le vaſſal ne peuvent être dépoſſédés que par les voies de la Juſtice, *ibid.*

Emprunts.

Des formalités requiſes pour les emprunts faits par les Bénéficiers, 403

Enfans.

Voyez *Monſtre.*
Voyez *Viable.*
De l'enlevement des enfans, 436
De l'expoſition des enfans, 91
De la ſuffocation des enfans par les nourrices, 443

Engagement, Gage.

Le gage eſt proprement des choſes mobiliaires, & l'engagement eſt des immeubles, 156
De la différence du gage d'avec l'hypotheque, 156 & 367
De la vente du gage mobiliaire, ou de l'immeuble engagé, 156 & 368
En Languedoc, dans les diſtributions générales, le créancier ſaiſi du gage n'a aucune préférence ſur la vente dudit gage, 157 & 368
De la défenſe de prêter ſur gage, ſans une reconnoiſſance ou acte public, 368
De la perte ou détérioration du gage, & à quelle diligence l'engagiſte eſt obligé, *ibid.*
L'engagiſte ne peut jamais preſcrire, *ibid.*
On ne preſcrit pas non plus contre l'engagiſte, tandis qu'il poſſede ; on ne preſcrit pas même contre lui, les ſommes à lui dûes, au delà du prix de l'engagement, quoiqu'il eût demeuré plus de trente ans ſans les demander, 157 & 369
L'engagiſte d'un fonds n'a droit de retenir des fruits qu'à concurrence de ſes intérêts ſur le pied de l'Ordonnance, & doit rendre compte du ſurplus deſdits fruits, mais depuis vingt-neuf années ſeulement, 369
Dans l'engagement on ne peut pas ſtipuler que la choſe ou le fonds baillés en gage ſeront acquis au créancier, s'il n'eſt payé de ſa dette dans un certain délai, 370
De l'enlevement du gage fait par le débiteur au créancier, 437

Epaves.

Les épaves appartiennent au Haut Juſticier,

si perſonne ne les réclame, 91
Des épaves trouvées ès rivieres navigables, 92
Des épaves trouvées ou pêchées ſur la mer, ou ſur ſes rivages, *ibid.*

Eſclaves, Eſclavage.

L'eſclavage eſt aboli en France, 9
Des eſclaves des Colonies Françoiſes, 9 & 20
De l'affranchiſſement des eſclaves, 20 & 348
Des enfans des eſclaves, 14
Des eſclaves ou ſerfs de pourſuite, 9

Etangs.

Les étangs & lacs de grande étendue appartiennent au Roi, 83

Etranger.

Voyez *Aubaine.*
Les étrangers non naturaliſés ne peuvent teſter des biens qu'ils ont en France, ni on ne peut leur ſuccéder auxdits biens, & ces biens appartiennent au Roi par droit d'aubaine, 196
Cependant les parens ou enfans nés & réſidens en France deſdits étrangers, leur ſuccedent, & peuvent être inſtitués héritiers par eux, *ibid.*
Les étrangers ne peuvent pas non plus ſuccéder à leurs parens François & régnicoles, 319
Des perſonnes & lieux qui ſont exempts du droit d'aubaine, 196

Exception.

Voyez *Ceſſion.*
Des exceptions péremptoires, dilatoires, anomales, déclinatoires, &c. 478

Exception non numeratæ pecuniæ, vel dotis.

Quand & dans quel tems peut elle être oppoſée, 395 & 396
Cette exception doit être prouvée par celui qui l'allégue, & quelle en peut être la preuve, 396

Exécution parée.

De l'exécution parée des actes publics, 367

Exhérédation.

Voyez *Mariage.*
Voyez *Succeſſion.*
L'exhérédation eſt la privation de la ſucceſſion légale, même de la légitime, 232
De l'exhérédation dans les Pays Coutumiers, *ibid.*
L'exhérédation peut être modifiée & adoucie, car ſouvent même elle ne prive pas des alimens, 233
Des cauſes légitimes d'exhérédation, & qu'il faut les exprimer, &c. 231 & *ſuiv.*
L'exhérédation ſans cauſe, ou ſous fauſſe cauſe, rend le teſtament nul, 116
Par quels actes l'exhérédation peut ſe faire, 232
L'exhérédation, même pour juſte cauſe, devient inutile, quand il y a des preuves de réconciliation, *ibid.*
L'exhérédation ne prive pas des ſucceſſions collatérales, ni des ſubſtitutions faites par les ayeuls, excepté en deux cas, *ibid.*

Expillation.

L'héritier qui a expillé ou latité, comment eſt-il puni? 253
Les créanciers & autres parties intéreſſées peuvent prouver les latitations & une plus grande quantité d'effets que celle qui eſt contenue en l'inventaire, *ibid.*

F.

Facteurs.

Voyez *Mandat.*

Faux, Fauſſeté.

Voyez *Preuve.*

COMMENT ſe commet le faux, & de ſa peine, 491
Du faux principal ou incident, *ibid.*

Femmes.

Voyez *Velleyen.*
De l'autoriſation des femmes par leurs maris, dans les Pays Coutumiers, 21

Fidéicommis.

Voyez *Subſtitution.*
La reſtitution anticipée du fidéicommis ne peut nuire aux créanciers de l'héritier grévé, quant aux fruits, ni aux tiers acquéreurs, 455 & 456

Fief.

Voyez *Emphitéoſe.*

Fils de Famille.

Quels contrats & traités le fils de famille peut faire avec ſon pere, 384
Fils de famille majeurs peuvent s'obliger envers tous étrangers, excepté pour prêt d'argent, *ibid.*

Fils de famille majeur peut cautionner pour autrui, & même pour ſon pere, *ibid.*
Fils de famille ne peut pas vendre ni donner, ſans le conſentement de ſon pere, les biens dont le pere a l'uſufruit par droit de puiſſance paternelle, quand même il en réſerveroit l'uſufruit au pere, *ibid.*
Mais il peut aliéner les biens à lui donnés par ſon pere, quoiqu'il s'en fût réſervé l'uſufruit, & cette vente vaut, ſauf l'uſufruit qu'on réſerve au pere, *ibid.*
Comment le fils de famille acquiert en propriété ou en uſufruit à ſoi, ou à ſon pere, 163
Fins de non-valoir, de non-recevoir, & de non-procéder, 478

Fiſc.

Voyez *Domaine.*
Celui qui a acquis du Fiſc des biens qui n'appartenoient pas au Fiſc, peut être pourſuivi pour le délaiſſement, comme s'il n'avoit acquis que d'un Particulier, 132

Franc-Fief.

Droit de franc-fief, ce que c'eſt, 11

Fruits prenants.

Voyez *Egliſe.*

Fruits.

La diſtinction que le Droit faiſoit entre les fruits naturels ou induſtriaux, conſumés ou extans, eſt abrogée en France, 98
On regarde les fruits comme conſumés quant à l'acquiſition, par la cueillete & ſéparation du fonds, 99
Les fruits qui ſont pendans par les racines, font partie du fonds, *ibid.*
Si les fruits pendans appartiennent à celui à qui le fonds doit être délaiſſé, ſauf le rembourſement de ſemences & cultures, *ibid.*
La reſtitution des fruits ſe fait au dire d'Experts tant pour la quantité que pour la valeur, *ibid.*
L'héritier grevé & l'uſufruitier ne peuvent rien prétendre aux fruits pendans, quand leur jouiſſance prend fin, ſauf le rembourſement des ſemences & cultures, 100
Les tailles ſont des charges des fruits, 101
Les fruits de la derniere année ſe partagent à proportion du tems entre les héritiers du mari & la femme, quoique non recueillis, & de même entre les héritiers du Bénéficier & ſon ſucceſſeur au Bénéfice; ce qui a lieu auſſi à l'égard des autres uſufruitiers à titre onéreux, *ibid.*
Et l'année doit ſe compter du premier de Janvier, *ibid.*
A l'égard même des uſufruitiers à titre non onéreux, les fruits civils, comme les rentes, intérêts, loyers & fermages ſe partagent auſſi à proportion du tems, *ibid.*
Les fruits ne s'entendent que dépenſes déduites, *ibid.*
Les fruits d'une année ne ſe partagent pas entre l'héritier & le légataire, 257
La reſtitution des fruits ne peut pas être ordonnée ſans libelle, & n'étant pas ordonnée par le Jugement, elle ne ſe ſupplée pas, 484
Les fruits cueillis ou pendans lors du décès du teſtateur, augmentent l'hérédité & le fidéicommis, 290
Les fruits provenans des fonds ſont affectés ſpécialement au bailleur à loyer, pour les fermages courans & arrérages, 457
Des fruits qu'on gagne ou qu'on doit reſtituer par l'événement d'une condition, 218

G

Gain.

Ce qu'on doit entendre par gain ou perte, 415

Gage.

Voyez *Engagement.*

Galeres perpétuelles.

Sont comparées à la condamnation aux mines, 53

Garde.

De la garde noble ou bourgeoiſe dans les Pays Coutumiers, 163

Garantie.

Voyez *Mandat.*
Pleine garantie, ce que c'eſt, 402
Tous les contrats portent garantie de droit, même ſans ſtipulation, *ibid.*
Celui qui a acquis une choſe, ſçachant qu'elle n'appartenoit pas au vendeur & qui a ſtipulé la garantie, doit-il avoir des dommages & intérêts contre le vendeur, ou ſimplement la reſtitution du prix qu'il avoit payé, 403
De la garantie pour la moins value, & de l'action redhibitoire, *ibid.*
La garantie n'a pas lieu en matiere de délits, ſauf quelquefois quand il s'agit de délits légers & de ſimples dommages, 420

Guerre.

La guerre acquiert au Roi les conquêtes qu'il fait, 92
La guerre acquiert au soldat ce dont il se saisit sur l'ennemi, excepté la caisse militaire & les drapeaux, *ibid.*

Grossesse.

Si en fait de grossesse, le pere du prétendu séducteur est tenu des frais des couches & des alimens de l'enfant, &c. 439
De la maxime, *creditur virgini*, &c. 489
Grossesse à l'égard d'une veuve, *ibid.*
Plainte de grossesse trop tardive, ou après un premier enfantement, n'est pas reçue, *ibid.*
Plainte de grossesse d'une fille contre un homme marié, ou contre un Ecclésiastique, *ibid.*

H

Habitation.

Celui à qui l'habitation, l'usage ou l'usufruit d'une maison a été donné, peut la louer, quand même elle lui auroit été léguée à la charge d'y résider, 124

Hérédité.

L'hérédité jacente représente le défunt, & comment on y pourvoit de curateur, 210
Toute hérédité en France est déférée & acquise de plein droit sans acceptation, ni addition, & ne se transmet, 245

Héritier.

Nul n'est héritier qui ne veut, *ibid.*
Des institutions d'héritier à la charge de porter le nom & les armes, 51
L'institution d'héritier n'est pas nécessaire en Pays Coutumier pour la validité des testamens, mais bien en Pays de Droit Ecrit, 198
Si elle est nécessaire, quand un habitant du Pays de Droit Ecrit fait son testament en Pays Coutumier, 204
Si elle est nécessaire à Montpellier, 237
Des institutions ou promesses d'instituer héritier, faites en contrat de mariage, 205
De l'institution d'héritier d'un cheval, 208
Les Religieux peuvent-ils être institués héritiers? non, *ibid.*
Si les Communautés séculieres ou régulieres peuvent l'être, *ibid.*
Les institutions d'héritier ou légats en faveur des adulteres ou concubines sont de nul effet; & on reçoit les parens qui y sont intéressés, à prouver le mauvais commerce, *ibid.*
Des autres personnes qui ne peuvent pas être instituées héritieres, tels que le tuteur par son adultere, les Monasteres par les Novices, 210
Des institutions d'héritier conditionnelles, ou pour un certain tems, 211
L'héritier en une certaine chose devient héritier universel, s'il n'a pas de cohéritier, ou si celui-ci est mort avant le testateur, *ne pro parte intestatus decedat*, 211
En quel tems la capacité des héritiers est requise, 246
Voyez *Capacité.*
Des actes d'héritier, & comment on fait acte d'héritier, 254
Ceux qui ont fait acte d'héritier ne peuvent plus répudier, ni s'abstenir, lorsqu'ils n'ont pas fait un inventaire valable, s'ils n'étoient mineurs, 248
Les créanciers ne peuvent obliger l'héritier à prendre ladite qualité d'héritier & à s'expliquer là-dessus, qu'après les trois mois du tems de l'inventaire & les quarante jours pour délibérer, & cet héritier bénéficiaire peut en tout tems répudier, *ibid.*
Entre les cohéritiers l'obligation personnelle se divise de plein droit, 379

Héritier fiduciaire.

Ce que c'est, & à quoi on le reconnoît, 286

Homicide.

S'il est permis de tuer un voleur, 441
Des homicides involontaires, ou commis par imprudence, 443
Des homicides volontaires & assassinats, 489
Des homicides commis dans une légitime défense de la vie, *ibid.*

Hôte, Hôtellerie.

Quant & comment les hôtes sont responsables de la perte ou vol des choses portées dans leur hôtellerie, & si cela s'applique aux aubergistes, messagers, voituriers, meûniers, 365

Huissiers.

Des injures ou excès contre les Huissiers ou Sergens, 446

Hypothéque.

Des effets de l'hypothéque, 456
L'hypothéque s'acquiert par actes publics, 350

Les actes privés ne donnent hypothéque que du jour de l'aveu, *ibid.*
Les contrats publics reçus par des Notaires ou Tabellions hors du Royaume, donnent-ils hypothéque, 351
Les contrats reçus par des Notaires royaux hors de leur reſſort portent hypothéque, *ibid.*
Les contrats reçus par des Notaires de Seigneurs, portent-ils hypotheque par-tout, ou ſont-ils nuls, *ibid.*
L'hypothéque s'acquiert non ſeulement par les contrats, mais encore par les Jugemens & Arrêts de condamnation, 352
L'hypothéque s'acquiert-elle par des Jugemens rendus hors du Royaume, *ibid.*
De quel jour les Sentences des Arbitres portent-elles hypothéque, *ibid.*
De l'hypothéque privilégiée de la dot de la femme ſur les biens du mari, avant tous créanciers, 459 & 460
A qui paſſe le privilége de la dot, 461
De l'hypothéque de la dot ſur les biens du beau-pere, *ibid.*
L'hypothéque ſpéciale ne va pas ſans la générale, & n'y déroge pas, 458
Des hypothéques tacites, 478

I

Incendie.

Des incendies, & comment des locataires en ſont tenus, 409
Le locataire eſt tenu de l'incendie cauſé à raiſon des inimitiés contre lui, *ibid.*
Le locataire eſt tenu auſſi du dommage cauſé aux maiſons voiſines par l'incendie; mais s'il eſt inſolvable, le propriétaire réguliérement n'en répond pas, *ibid.*
Des maiſons abattues pour arrêter l'incendie, *ibid.*

Indignes.

On confond en France les indignes avec les incapables, 209

Infamie.

Ce que c'eſt que l'infamie, & ſes effets, 61
Elle eſt encourue par les condamnations au fouet, amende honorable, mutilation, galeres & banniſſement à tems, fleur-de-lys, 61 & 484
Elle eſt encourue auſſi par la privation d'une charge pour crime, & par l'interdiction pour toujours d'une charge publique, 61
Elle n'eſt jamais encourue en France par les condamnations, en matiere civile, deſcendantes des contrats, 484
Si elle eſt encourue par l'amende envers le Roi, *ibid.*

Injure.

Ce que c'eſt qu'une injure, 444
Des injures verbales, *ibid.*
Les injures ne ſont pas excuſées par la vérité du fait, ni par les proteſtations, ou répentir, *ibid.*
Des injures par des écrits, libelles, placards, vers ou chanſons, ou portraits, 445
Le pere, le mari, le beau-pere, peuvent agir pour l'injure faite au fils, à la femme, ou belle-fille, *ibid.*
Le maître peut agir pour l'injure faite à ſes domeſtiques, ou gens, dans la charge où il les a propoſés, 446
Comment & par quelles circonſtances l'injure eſt cenſée plus grave, *ibid.*
Des injures faites en ſe trompant, & en frapant un autre que celui qu'on vouloit fraper ou inſulter, *ibid.*
Des injures faites par les enfans à leur pere ou mere, &c. 448
Des injures entre Gentilshommes ou Gens d'Epée, ou entre Gens de Robe, *ibid.*
De la voie criminelle ou civile pour les injures, *ibid.*
L'action pour injures réelles ou excès dure vingt ans, & celle pour injures verbales ou par écrit, un an, 449
De la remiſſion & diſſimulation des injures, & réconciliation, *ibid.*
Si l'action d'injures paſſe aux héritiers, ou contre eux, 476

Inofficioſité.

La plainte d'inofficioſité n'a preſque plus lieu aujourd'hui, 231 & 236

Inſiſtance.

Du droit d'inſiſtance, 255

Inſtitution.

Voyez *Héritier.*
Des inſtitutions ou promeſſes d'inſtituer contractuelles, 205
De la différence des inſtitutions contractuelles, d'avec les donations, *ibid.*

Interdits.

Des interdits, ou actions concernant la poſſeſſion, 479

Intérêt.

Les intérêts ou fruits des légats ne sont dûs que depuis la demande en Justice, 256
Les intérêts des légitimes sont dûs sans demande depuis le décès du parent, quand même le payement en seroit fixé à un certain tems, que le legs excéderoit la légitime, & que même elle auroit passé en ligne collatérale ou étrangere, *ibid.*
Intérêts des legs faits à des mineurs ne sont dûs que depuis l'instance, 257
Intérêts des legs faits à l'Eglise ne sont dûs que depuis l'instance, s'il n'y a un service attaché, & que ce service ait été fait, *ibid.*
Les intérêts ou arrérages d'une rente léguée sont pourtant dûs au légataire, & font partie du legs, *ibid.*
Les intérêts d'un prêt ne sont dûs que depuis l'instance, malgré toute convention, sauf en quelques Parlemens, & entre Négocians & Banquiers, quand bien on auroit promis par lettres de les payer, & qu'ils auroient été payés durant quelque tems, 353 *& suiv.*
Si l'intérêt peut être stipulé de l'argent mis ès mains d'un Négociant, *ibid.*
Un commandement ne suffit pas pour faire courir les intérêts, mais bien une saisie, 354
Des intérêts qui n'ont pas été demandés par l'exploit d'assignation, ni par un libelle postérieur, & depuis quel tems on les adjuge alors, *ibid.*
Les intérêts qu'on a payé d'un prêt, ne peuvent être répétés ni imputés sur le capital, qu'en ce qu'ils excédent le taux des Ordonnances, *ibid.*
Ni les intérêts liquidés entre le créancier & le débiteur, la liquidation valant un payement, *ibid.*
Les intérêts ne peuvent pas excéder le capital, & quand ils l'égalent, ils cessent de courir, sauf ceux des dots, légitimes, droits successifs, du prix des ventes de fonds, les intérêts liquidés ou payés à parcelles, ceux qui sont dûs par Jugement, les intérêts payés par la caution, &c. 355
Quel a été & est aujourd'hui le taux des intérêts, *ibid.*
Au moyen de l'engagement ou anticrése, on peut prendre des intérêts d'un prêt : car les fruits perçus par l'engagiste, à l'exemple des intérêts payés, ne se répétent & ne s'imputent qu'en ce qu'ils excédent le taux des Ordonnances, 369
Les intérêts au Parlement de Toulouse dans les instances de distribution ne s'allouent qu'en dernier rang, sauf en quelques cas exceptés, 356
Les intérêts de la dot ne s'allouent pas au rang du capital, quand elle n'est demandée que comme légitime, 357
Les intérêts des intérêts sont sévérement prohibés, excepté au cas du reliqua de tutelle, des intérêts payés par la caution, des intérêts entrés en surdite dans un décret, & lorsqu'il y a changement du débiteur & de la dette, *ibid.*
Les fruits, rentes, ou loyers, ne peuvent pas non plus produire des intérêts, quoiqu'ils eussent été liquidés, non pas même depuis la demande en Justice, *ibid.*
Quid, des intérêts des arrérages de rentes ou censives à l'égard d'un fermier ou d'un cessionnaire du Seigneur, *ibid.*
En fait d'intérêts excessifs, ou d'intérêts cumulés avec le capital, on oblige le créancier à jurer là-dessus, *ibid.*

Inventaire.

L'inventaire ne peut être prohibé au tuteur par le pere du pupille, si le pere ne lui fait lui-même, 63
Par le bénéfice d'inventaire tout héritier quoiqu'il eût accepté étant majeur, peut répudier en tout tems ; il n'est pas tenu au-delà des forces de l'hérédité, & ne confond pas ses droits & actions sur l'hérédité, 248
En Languedoc le bénéfice d'inventaire a lieu sans prendre des Lettres de Chancellerie, *ibid.*
Dans les Pays de Droit Ecrit l'héritier ou successeur qui ne veut accepter que sous bénéfice d'inventaire, n'est pas exclu par un cohéritier ni un parent qui voudroit accepter purement, 249
L'inventaire ne peut pas être prohibé par le testateur à son héritier, quand même en ce cas il auroit nommé un autre héritier, *ibid.*
Les créanciers sont en droit de faire procéder à l'inventaire pour la conservation des effets, *ibid.*
Si quand le testateur a déchargé l'héritier ou l'usufruitier universel de faire inventaire, les légataires, le substitué, ou le propriétaire des biens, peuvent l'obliger à le faire, *ibid.*
L'inventaire dressé par le défunt vaut, & suffit contre les légataires & substitués, mais il est inutile à l'égard des créanciers qui peuvent obliger l'héritier à le faire, *ibid.*

Si l'héritier s'immiſce ſur le ſeul inventaire dreſſé par le défunt, il peut être pris par les créanciers pour héritier pur & ſimple à moins que ce ne fût une femme, qui pourroit alors être excuſée, *ibid.*
Le délai pour faire inventaire eſt de trois mois depuis l'ouverture de la ſucceſſion, s'il n'eſt prorogé par le Juge pour empêchement légitime, 250
Si l'inventaire peut être fait dans le délai de quarante jours accordé pour délibérer, *ibid.*
Ce délai de quarante jours n'eſt qu'une ſurſéance aux pourſuites, & n'empêche pas l'héritier qui a fait inventaire, d'accepter ou répudier enſuite en tout tems, en rendant compte des effets héréditaires & des jouiſſances, *ibid*
L'héritier bénéficiaire, quoiqu'il ait paſſé un nouveau titre aux créanciers, peut toujours répudier, *ibid.*
Juſqu à ce que l'héritier bénéficiaire ait répudié, il peut être attaqué comme héritier, même ſur ſes biens propres, *ibid.*
L'héritier bénéficiaire payant des créanciers réculés ou des légataires, les créanciers antérieurs n'ont point d'action contre lui, ni contre les acheteurs des biens de l'hérédité, mais contre leſdits créanciers réculés ou légataires pour les obliger de rapporter, laquelle action dure trente ans, 352
Les héritiers des Comptables ne jouiſſent pas du bénéfice d'inventaire, & ſont toujours tenus, s'ils ne répudient avant de s'immiſcer, *ibid.*
La femme par le défaut d'inventaire ne confond pas ſa dot, & la peut répéter en répudiant; mais elle perd l'augment vis-à-vis des créanciers, *ibid.*
Le donataire, héritier grévé, ne confond pas par le défaut d'inventaire ſa donation vis-à-vis du ſubſtitué, *ibid.*
Le fils par le défaut d'inventaire ne confond pas ſa légitime vis-à-vis des ſubſtitués & légataires, &c. *ibid.*
L'héritier ne confond pas par ce défaut ſa trébellianique vis-à-vis du ſubſtitué, 253
Mais l'héritier par ce défaut confond ſa falcidie vis-à-vis des légataires, *ibid.*
Si l'inventaire n'eſt pas fait en bonne forme, il ne ſert de rien, *ibid.*
Pour la validité de l'inventaire, il faut y appeller tous les intéreſſés, légataires, ſubſtitués, créanciers connus, &c. *ibid.*
L'inventaire doit contenir une deſcription entiere & exacte de tous les effets, *ibid.*
Les intéreſſés ſont même reçus à prouver une plus grande quantité d'effets & les latitations, *ibid.*
Quelle eſt la peine de l'héritier qui fait un inventaire infidéle, *ibid.*
L'inventaire volontaire peut ſe faire devant un Notaire, & quand eſt-ce que le Juge eſt en droit d'y procéder à l'excluſion des Notaires, *ibid.*
La mere adminiſtratrice, le tuteur, & les parens de l'héritier abſent peuvent s'oppoſer à ce que le Juge faſſe l'inventaire, 254
L'inventaire fait par le grévé ſert au ſubſtitué, & celui fait par le tuteur au pupille, pour ſe porter héritiers ſous le bénéfice dudit inventaire, 292
De l'inventaire qui doit être fait par le ſubſtitué, lorſque l'héritier grévé n'en a pas fait, *ibid.*
Celui qui a accepté une hérédité répudiée par un héritier qui n'avoit pas fait d'inventaire, n'eſt plus recu à en faire, *ibid.*

Iſles.

Les iſles nées dans les rivieres navigables appartiennent au roi, & dans les non-navigables au Haut-Juſticier, 93
L'iſle née dans une riviere non-navigable qui coule entre deux Juriſdictions, appartient au Seigneur du domaine duquel elle eſt le plus près, 94

Juges, Jugemens.

Des Jugemens rendus contre un François en Pays étrangers, & comment ils peuvent être exécutés en France, 8
Dans les Jugemens on ne peut pas adjuger au-delà de ce qui eſt demandé, 462
Les Jugemens en France ſont rendus contre les parties, & non contre leurs Procureurs, quoique l'inſtruction ſoit faite par le miniſtere de ceux-ci, 472
De la liquidation des intérêts & de la taxe des dépens dans les Jugemens des Juges inférieurs, 463
Les Juges ne ſont pas reſponſables aujourd'hui en France du mal jugé, 449
En quel cas les Juges peuvent être pris à partie, & comment, 450
Les Juges dont les procédures ſont caſſées par quelque nullité, ſont condamnés à les refaire, 444
Les Juges jugent ſouvent ſuivant l'équité, 459
Qu'eſt-ce que les Juges peuvent ſuppléer, 463
Il n'y a que les Juges ſupérieurs qui peuvent

faire des Réglemens ou des inhibitions générales dans leur Reſſort, 4

Juriſprudence des Arrêts.

En quoi elle conſiſte, 5

L

Langue.

Les actes dans ce Royaume doivent être paſſés en langue françoiſe, 372
Le Notaire & les témoins doivent entendre la langue des actes où ils ſont employés, *ibid.*

Légats, Legs.

Le legs laiſſé à une perſonne & à ſes enfans à naître n'appelle leſdits enfans que par une ſubſtitution vulgaire, 140
La réception d'un legs contenu au teſtament, faite par le fils, ne l'empêche pas d'attaquer enſuite le teſtament comme nul ou faux, ni qu'après cette attaque il ne puiſſe demander ſon legs, 241
Les légataires ſont obligés de demander à l'héritier la délivrance de leurs legs, 256
Ce qui n'empêche pas que le légataire ne tranſmette le legs à ſes ſucceſſeurs, *ibid.*
Si le légataire peut s'emparer de ſon autorité de de la choſe léguée, *ibid.*
Le légataire doit avoir les arrérages de la rente en deniers ou en grain à lui léguée depuis le teſtament, comme faiſant partie de ſon legs, 255
L'héritier doit fournir au légataire tout ce qui eſt néceſſaire pour qu'il jouiſſe du legs, comme les proviſions & frais de réception en un office légué, *ibid.*
L'héritier doit payer auſſi l'indemnité & l'amortiſſement des legs faits aux gens de Main-morte; *ſecùs*, s'il s'agiſſoit d'une donation, *ibid.*
L'héritier eſt toujours tenu de décharger le fonds légué, des hypothéques auxquelles le teſtateur ou ſes auteurs l'avoient aſſujetti, *ibid.*
Le gage mobiliaire légué doit auſſi être libéré par l'héritier, 260
Mais le légataire doit ſupporter les ſervitudes & les charges ou cenſives du fonds légué, 260
Le legs de la choſe d'un tiers vaut, ſi le teſtateur ſçavoit qu'elle appartînt à autrui; mais mais c'eſt au légataire à le prouver, à moins qu'il ne s'agît d'un légataire ami ou parent, 258 & 259
Du legs de la choſe de l'héritier, 259
Le legs annuel fait à une Communauté eſt cenſé perpétuel, 151
Le legs d'un fonds dont le teſtateur n'avoit que la propriété, n'eſt cenſé être que de la propriété, 360
Il en eſt de même, ſi le teſtateur n'avoit qu'une portion ou quelque droit ſur l'effet légué, *ibid.*
Le legs d'un fonds que la teſtateur avoit vendu à pacte de rachat, ne contient que le droit de les racheter, 261
Le legs d'un fonds que le teſtateur avoit acquis à pacte de rachat, ne vaut qu'en l'état qu'il eſt ſans que l'héritier ſoit obligé de garantir du rachat, *ibid.*
Que faut-il dire, ſi ce legs regarde un parent ou un ami, *ibid.*
Du legs de la choſe dont le légataire étoit ou eſt devenu propriétaire, *ibid.*
Le legs eſt cenſé révoqué par l'aliénation volontaire que le teſtateur a fait de la choſe léguée, ou par la donation faite à un autre, mais non par l'aliénation néceſſaire & forcée, 262
L'échange de la choſe léguée ne révoque pas le legs, mais l'héritier doit bailler au légataire la choſe priſe en contre-échange, *ibid.*
Le legs n'eſt pas révoqué par l'engagement ni par l'hypothéque de la choſe léguée, ni par la vente que le teſtateur en auroit fait à pacte de rachat, ni s'il avoit été obligé de l'abandonner à ſes créanciers, ou de la laiſſer décréter, *ibid.*
Le legs de la libération fait par le teſtateur à ſon débiteur ne comprend que les dettes exiſtantes lors du teſtament, à moins qu'il ne s'agît des intérêts deſdites dettes, 263
Le legs des fonds que le teſtateur a en certain lieu, ne comprend pas les acquiſitions faites depuis le teſtament, à moins qu'il ne s'agît du legs d'une métairie ou domaine, qui renfermeroit alors les acceſſoires, *ibid.*
Du legs fait par un débiteur à ſon créancier ſans faire mention de la dette, & quand eſt-ce qu'elle ſe compenſe avec le legs, *ibid.*
Le legs fait à une femme par le mari ne ſe compenſe pas avec ſa dot & augment, *ibid.*
Du legs fait avec charge de ne plus rien demander ſur les biens du teſtateur, 264
Du legs répété dans un même acte ou divers actes, & s'il eſt dû plus d'une fois, *ibid.*
Si le legs fait par le pere ſe compenſe avec la dot qu'il a conſtitué enſuite à ſa fille, *ibid.*
Du legs de la dot fait par le mari à ſa femme, *ibid.*

De la perte ou dégat de la choſe léguée, 265
Des accroiſſemens ou diminutions des legs, 266
De ce qui dans le doute eſt cenſé compris en un legs, *ibid.*
Si le legs ou vente d'une maiſon comprend les ornemens, ſtatues, &c. *ibid.*
Des legs taxatifs d'une ſomme dûe à un tel, & des legs démonſtratifs à prendre ſur ce qu'un tel doit, &c. 267
Les legs pour fondation ou pour alimens ſont toujours réputés démonſtratifs, *ibid.*
Le legs d'une dette eſt révoqué par l'exaction que le teſtateur en a fait, ou par le payement qu'il en a reçu, s'il ne paroît d'une intention contraire, 268
Du choix & option dans les legs alternatifs ou d'un genre, *ibid.*
De ceux à qui il eſt défendu de léguer, 269
Les legs faits à des perſonnes incertaines ne ſont bons que quand le légataire peut être connu ou manifeſté par quelque événement, *ibid.*
Des legs laiſſés à la pure volonté d'un tiers, ou de l'héritier, & quand eſt-ce qu'ils ſont nuls, *ibid.*
Des legs faits aux captifs, aux pauvres, &c. 270
Des legs faits pour employer en œuvres ſecrettes, à un Curé, ou autres perſonnes, & comment ils valent, *ibid.*
L'erreur ou le défaut d'expreſſion du nom du légataire, ou de ſon ſurnom, ne nuit pas, quand le légataire peut être connu, *ibid.*
De l'équivoque ou incertitude dans les legs, 271
La fauſſe démonſtration ne nuit, pas pourvu qu'elle ne ſoit qu'acceſſoire, non ſubſtantielle, & qu'il conſte de l'effet légué, *ibid.*
La fauſſe démonſtration ne diminue pas non plus le legs, *ibid.*
La fauſſe démonſtration du légataire ne lui nuit pas, *ibid.*
La fauſſe cauſe ajoutée au legs ne le rend pas nul, à moins qu'il ne parût que le teſtateur n'auroit pas légué, s'il eût été inſtruit de ladite fauſſeté, 274
Le legs conditionnel devient nul par le défaut de la condition, *ibid.*
Comment peut-on connoître ſi un legs eſt pur & tranſmiſſible, ou bien conditionnel, *ibid. & ſuiv.*
Le legs payable à un certain âge, ou quand on ſe mariera, eſt pur & tranſmiſſible, & on l'adjuge ſouvent auſſi après l'âge nubile, 273
Des cauſes ſimplement impulſives & non finales des legs, 272
Des modes ou charges des légats, 274
Le legs conditionnel n'eſt dû que quand la condition arrive, & ne ſe tranſmet pas ſi le légataire meurt auparavant, 285
Il en eſt de même des legs à jour ou terme incertain, à moins qu'il ne s'agît de dons conditionnels faits par un contrat, *ibid.*
Le legs laiſſé à un terme fixe & certain, comme à vingt-cinq ans, eſt pur & ſe tranſmet; mais les héritiers du légataire ne peuvent le demander qu'audit tems, à moins que le délai ne fût en faveur du légataire, 286
Il n'eſt pas néceſſaire que l'inſtitution d'héritier dévance les légats, 274
Les legs peuvent être demandés, quoique l'héritier répudie l'hérédité, ou ne la veuille pas, *ibid.*
Les legs ſont révoqués & nuls par la révocation du teſtament qui les contient, ou par un ſecond teſtament parfait qui rend inutile le premier, 275
Et cela a lieu même aujourd'hui à l'égard des legs pies, *ibid.*
Les legs ne ſont pas dûs d'un teſtament caſſé par défaut de ſolemnité, ſi ce n'eſt qu'il valût comme codicile, *ibid.*
Ni d'un teſtament caſſé par défaut de volonté ou par captation, *ibid.*
Ou par l'incapacité ou condamnation du teſtateur pour crime, *ibid.*
Mais les legs ſont dûs d'un teſtament nul par prétérition ou exhérédation injuſte, *ibid.*
Ils ſont dûs auſſi d'un teſtament emporté par l'incapacité ou l'indignité de l'héritier, *ibid.*

Légitimation.

La légitimation des bâtards, *per oblationem Curiæ*, eſt inconnue en France, 46
Si la légitimation par Lettres du Prince, des bâtards adultérins, inceſtueux, ou ſacrileges, les rend capables d'être inſtitués par leurs pere ou mere, & de leur ſuccéder, *ibid.*
Le bâtard ſimplement naturel n'eſt légitimé par les Lettres du Prince, quant au droit de ſuccéder, qu'à l'égard des pere, mere, ou autres parens qui ont conſenti à la légitimation, 47
Dans les pays de Droit Ecrit, pour que l'enfant légitimé par Lettres du Prince puiſſe ſuccéder à ſes pere ou mere qui l'ont fait légitimer, il n'eſt pas néceſſaire que les collatéraux héritiers préſomptifs aient conſenti à la légitimation, 48

Comment doit ſe faire l'enrégiſtrement des lettres de légitimation du vivant du pere, *ibid.*
Un pere ayant des enfans légitimes ne peut pas faire légitimer un bâtard par lettres du Prince à l'effet de lui ſuccéder, & ce bâtard peut même alors être prétérit; mais la légitimation n'eſt pas emportée par la ſurvenance d'enfans légitimes, & le légitimé doit avoir alors une légitime, *ibid.*
Le bâtard légitimé par lettres peut être inſtitué héritier par ſes pere ou mere, non au préjudice d'un fils vrai légitime ou des aſcendans, mais au préjudice des collatéraux, *ibid.*
Si le pere en mourant n'a pas des enfans légitimes, il doit même inſtituer, du moins en la légitime, ſon bâtard légitimé à peine de nullité du teſtament, 49
Les bâtards de l'héritier grévé, légitimés par le Prince, ne font pas défaillir le fidéicommis, & n'excluent pas le ſubſtitué, *ibid.*
La légitimation par le mariage ſubſéquent rend les bâtards égaux aux enfans nés durant le mariage, ſauf quant au droit d'aîneſſe, *ibid.*
La légitimation par le mariage ſubſéquent exige que lors de la conception ou naiſſance du bâtard, les pere & mere euſſent pu ſe marier enſemble, *ibid.*

Légitime.

De ceux qui ont droit de légitime, 233
En Pays Coûtumier les aſcendans n'ont pas droit de légitime, 238
La légitime *eſt quot a bonorum, & non hæreditatis*, 233
La légitime *eſt portio ſubſtantiæ*, 234
De la légitime dûe aux freres & ſœurs, *inſtitutâ turpi perſonâ*, 233
En Pays Coûtumier la légitime des deſcendans eſt réglée à la moitié de ce qu'ils auroient eû *ab inteſtat*, 239
En Pays de Droit Ecrit la légitime de quatre enfans, ou au deſſous, eſt le tiers des biens à partager entr'eux, & de cinq enfans, ou plus, la moitié; & il en eſt de même de la légitime des aſcendans, ou des freres & ſœurs, *ibid.*
Aujourd'hui la légitime des aſcendans eſt toujours le tiers des biens, quand même le défunt auroit inſtitué un frere ou une ſœur, *ibid.*
Les petits-fils deſcendans d'un d'entre pluſieurs enfans prédécédé, n'ont pour leur légitime que la part de leur pere ou mere; *ſecùs*, s'il n'y avoit eu que cet enfant, 240
La légitime doit toujours être laiſſée à titre d'inſtitution, autrement cela équipolle à une prétérition, 241
La légitime ne peut pas même être laiſſée à titre de fidéicommis univerſel & conditionel, ni par le moyen d'une ſubſtitution vulgaire, 242
Si la réception des legs faite par le légitimaire, l'exclut d'attaquer le teſtament comme nul par le défaut d'inſtitution, 243
De l'inſtitution des légitimaires en la ſomme de cinq ſols, 235
Du ſupplément de la légitime, 236
La réception du legs faite par le légitimaire ne l'empêche pas d'agir en ſupplément, quoiqu'il ait généralement renoncé à tous ſes autres droits, *ibid.*
Mais la rénonciation expreſſe au ſupplément l'oblige à ſe pourvoir dans les dix ans par lettres, s'il a été léſé de la moitié, 237
Trois différences du ſupplément de légitime d'avec la plainte d'inofficioſité, 236
La demande en ſupplément dure trente ans, & les intérêts en ſont dûs comme ceux de la légitime & ſans interpellation, *ibid.*
La demande en ſupplément paſſe & ſe tranſmet aux héritiers du légitimaire, *ibid.*
Le ſupplément doit avoir lieu aujourd'hui dans les pays & dans le cas où il étoit prohibé ci-devant, 237
Le ſupplément de la légitime n'eſt pas exclu, ni par une rénonciation générale, ni par la Coutume locale, *ibid.*
Si l'inſtitution en la légitime eſt néceſſaire à Montpellier, *ibid.*
Le ſupplément de la légitime doit avoir lieu même aujourd'hui à Montpellier, *ibid.*
Toutes les donations entre-vifs ou à cauſe de mort, faites aux enfans, s'imputent en la légitime, 244
On impute auſſi en la légitime ce que le pere a dépenſé pour l'établiſſement; mais non ce qu'il a dépenſé pour les études ou l'éducation de l'enfant, ni les fruits que le légitimaire a perçu, *ibid.*
Si la rançon du fils, ou l'amende, ou la réparation civile, ou le déſenrôlement, payés par le pere, s'imputent en la légitime, quand le pere n'en a rien dit, 18
Les dots & les donations entre-vifs, faites même à des étrangers, entrent dans le patrimoine pour régler les légitimes, 240
Mais on n'y fait pas entrer les donations des fils ou filles pour entrée en Religion, *ibid.*
Du retranchement des dots ou donations inofficieuſes

cieuſes pour la légitime des enfans, & comment il ſe fait pendant la vie même des maris, 241
Les enfans ne peuvent pas légitimer ſur la virile d'un autre lit que celui dont ils ſont deſcendus, 149
Quand eſt-ce que le pere eſt tenu d'avancer la légitime à ſes enfans, 438

Léſion d'outre-moitié.

Elle n'a pas lieu en matiere de baux à loyer, 407
Si elle a lieu en faveur des ouvriers & entrepreneurs, pour ouvrages à prix fait ou délivrés à la moins dite, *ibid.*
Dans la léſion d'outre-moitié, en fait d'échanges, le ſupplément du juſte prix n'a pas lieu, mais le contrat eſt reſcindé, 299

Lettres de bénéfice d'âge.

Ce que c'eſt, 69

Lettres de grace.

Il n'y a que le Roi qui en puiſſe donner, 490
Les Lettres de grace n'exemptent pas des dommages & intérêts, 441

Libelles.

On peut corriger ſes libelles en tout état de cauſe, 464

Licitation.

De la licitation, & quand eſt-ce qu'on doit y admettre les échanges, 485

Lods.

Du lods des étrangers, 399
Il eſt dû des lods de la réſolution volontaire d'une vente parfaite, tout comme de la vente, 419
Il n'eſt pas dû des lods du bail à loyer à perpétuité, comme ne tranſportant pas la propriété, à moins qu'il n'y eût quelque argent baillé; car il en ſeroit dû à concurrence, 407
Il eſt dû des lods de la vente du fonds ou des ſubrogations conſenties par le preneur à loyer perpétuel, comme auſſi de la vente de la rente faite par le bailleur, & du rachat de ladite rente, *ibid.*
Le Seigneur peut demander tout d'abord les lods ou même le retrait, ſans attendre le rachat de la rente ſtipulée à un certain prix dans le bail, *ibid.*
Le Seigneur peut prendre les lods de la vente, ou retraire, & dans quel tems, 496
Il n'eſt pas dû des lods de la réſolution ou reſciſion des ventes pour cauſe inhérente au contrat, & ſi le Seigneur les ayant reçu eſt tenu de les rendre, 430

Louage, Afferme.

Les fermiers des biens de la campagne peuvent ſe ſoumettre dans le bail à la contrainte par corps, 404
On ne peut pas louer ſes œuvres pour toujours, *ibid.*
A quoi le preneur à loyer ou le fermier eſt tenu, 408 *& ſuiv.*
Les héritiers ou ſucceſſeurs univerſels du bailleur ou preneur à loyer, ſont tenus d'entretenir & continuer le bail juſqu'à la fin, 409
Si la femme eſt obligée de tenir le bail à loyer fait de ſes biens dotaux par le mari, *ibid.*
Les ſucceſſeurs par réſignation ſont tenus d'entretenir les baux à ferme, *ibid.*
Le ſubſtitué eſt auſſi obligé d'entretenir le bail à loyer, 410
Les ſucceſſeurs particuliers, à titre de donation, legs, ou achat, du bailleur à loyer, ne ſont pas tenus d'entretenir le bail par lui fait, *ibid.*
Mais les ſucceſſeurs, ſoit à titre univerſel, ſoit à titre particulier, de celui qui a baillé à loyer, peuvent toujours obliger les locataires ou leurs héritiers à entretenir les baux juſqu'à la fin, *ibid.*
La vente du fonds ou celle des fruits, ou même le bail à perpétuité, rompent le bail à loyer à tems, *ibid.*
Mais il eſt toujours dû des dommages & intérêts au locataire expulſé, contre celui qui lui avoit paſſé le bail, ou contre ſes héritiers univerſels, & comment ſe réglent leſdits dommages, *ibid.*
Le preneur à loyer peut être expulſé de la maiſon, s'il ſurvient au bailleur quelque néceſſité d'y habiter, 411
De l'indemnité ou rabais accordé au locataire ou fermier, pour raiſon des cas fortuits & extraordinaires, *ibid.*
Si le locataire ou ouvrier peut prétendre des dommages pour les cas fortuits qui lui ſurviennent d'ailleurs, 423
Des formalités des baux à ferme paſſés par les Chapitres, Colléges & autres Communautés, avec des publications & encheres, & pour trois ans ſeulement, & non par anticipation, 411
Les gens d'Egliſe, Communautés & autres, ne peuvent paſſer leurs baux à ferme que par contrat public, 412
De la préférence & hypothéque privilégiée du

bailleur à loyer sur les meubles & effets apportés par le locataire ou fermier dans la maison ou ferme, pour le payement de ses loyers & fermages avant tous autres, 456

Lû & relû.

Cette clause est inutile dans les testamens, 174

M

Macédonien.

En quels cas le Macédonien a lieu, 385
Le fils de famille ne peut pas renoncer au Macédonien, & il le feroit inutilement, *ibid.*
S'il peut s'en servir en conscience étant devenu son maître, *ibid.*

Main-morte.

Gens de Main-morte ne peuvent plus acquérir d'immeubles sans permission du Roi, 208

Maison.

De ce qui est compris au legs ou en la vente d'une maison, 266

Malversation.

Des peines de la malversation de la femme dans l'année de deuil, ou après, 343

Mandat.

Voyez *Garantie.*
S'il est permis quelquefois d'excéder les termes & bornes du mandat, 420
Qu'est-ce qu'on peut faire en vertu d'un mandat ou procuration générale, 421
Le mandant est responsable civilement du délit commis par son facteur ou agent dans l'affaire où il l'a proposé, *ibid.*
De la révocation du mandat, les choses étant ou n'étant pas en leur entier, *ibid.*
De la révocation du mandat, ou procuration pour résigner, *ibid.*
De la révocation des Procureurs *ad lites*, *ibid.*
Comment le mandat ou procuration finit par la mort du mandant ou du mandataire, & quand est-il en matiere de procès, 422
Le mandat accepté doit être mené à sa fin, *ibid.*
Les mandataires, facteurs, ou prépostés, doivent être indemnisés des pertes auxquelles ils s'exposent, & des cas fortuits, *ibid.*
Le mandant est obligé par les traités de ses Commis ou prépostés, quand ce seroit des femmes ou des mineurs, 468
Un facteur prépostés par plusieurs maîtres d'une affaire commune les oblige tous, & chacun d'eux solidairement, *ibid.*
Lorsqu'on a traité avec le facteur ou prépostés, en ignorant sa révocation, le commettant demeure-t-il obligé, *ibid.*
Les facteurs, Procureurs, ou Commis, ne sont pas obligés en leur propre, s'ils ne se sont obligés eux-mêmes personnellement, *ibid.*

Mariage.

Le mariage est indissoluble, 22
Les séparations volontaires entre mariés sont réprouvées, *ibid.*
Les esclaves sont capables de mariage, 23 & 34
Les François peuvent se marier avec des personnes étrangeres, & *vice versâ*, 23
Les impubéres ne peuvent que se fiancer après l'âge de sept ans, mais non pas se marier, & leur mariage est nul, s'ils n'y persévérent après la puberté, *ibid.*
Du consentement du pere au mariage des enfans, & de la mere, si le pere est mort, même pour les secondes nôces, à peine de nullité, 24
Cependant les garçons après l'âge de trente ans passés, & les filles après celui de vingt-cinq ans, peuvent se marier sans ce consentement, après l'avoir requis par des actes de respect, 25
Le consentement de la mere, quoique remariée, est nécessaire, si ce n'est qu'elle fût malversante ou prostituée, *ibid.*
Le consentement du pere est requis, quoique le fils fût en prison pour séduction, ou quoique le pere fût condamné par contumace, *ibid.*
Du consentement, quand le pere est absent, sans qu'on en ait eu de nouvelles, *ibid.*
Il n'y a que les peres & meres qui puissent attaquer lesdits mariages faits sans leur consentement, 26
Le mariage d'un enfant en pays étranger, sans ledit consentement, est nul, 27
Les mariages des garçons majeurs de 25 ans, mais mineurs de 30 ans, ne sont pas déclarés nuls par le seul défaut dudit consentement; mais ils peuvent être exhérédés, *ibid.*
La peine de l'exhérédation des enfans peut leur être remise; elle n'a pas lieu aussi de plein droit, & elle est même emportée par la réconciliation, *ibid.*
Quant aux enfans mineurs de 25 ans, les parens ne peuvent pas les exhéréder, après avoir fait casser leur mariage, 28
Il suffit que le consentement des peres & meres suive le mariage, s'il ne l'a précédé, *ibid.*

Les enfans d'un insensé peuvent se marier, de l'avis de leurs autres parens, comme si le pere étoit absent, *ibid.*
On ne reçoit presque jamais les collatéraux à s'opposer aux mariages, *ibid.*
Du consentement des tuteurs ou curateurs, & qu'ils ne peuvent accorder le mariage de leurs mineurs que de l'avis des parens, *ibid.*
Un niais peut se marier, & même un fol, s'il a de bons intervalles, comme aussi le sourd & muet, l'aveugle, 29
Le mariage est défendu entre ascendans & descendans à l'infini, *ibid.*
En ligne collatérale le mariage est prohibé entre frere & sœur, oncles, tantes, neveux ou niéces, & autres collatéraux, jusqu'au quatriéme degré du droit canonique inclus, *ibid.*
Mais si l'on en excepte le premier degré de freres ou sœurs, le Pape peut dispenser au second degré, & autres, & les Evêques même dispensent quelquefois au quatriéme & troisiéme degré, 30
L'alliance en ligne directe forme toujours un obstacle au mariage, & en ligne collatérale elle y forme obstacle jusqu'au quatriéme degré; mais on y tolére les dispenses même au premier degré, comme d'épouser la sœur de sa femme décédée, 31
L'alliance contractée par un commerce criminel empêche le mariage jusqu'au second degré inclus de la ligne même collatérale, & comment on en dispense, *ibid.*
La parenté ou consanguinité qui se contracte par un commerce criminel, produit le même empêchement au mariage que celui qui provient du mariage, *ibid.*
De l'empêchement qui vient de l'affinité spirituelle au moyen du Baptême, *ibid.*
Un premier mariage subsistant rend nul le second, & de la peine de la bigamie, 32
On ne peut pas se remarier sans des preuves sûres de la mort de son conjoint, autrement le mariage est nul, & la femme doit retourner avec son premier mari, s'il revient, *ibid.*
La bonne foi des mariés ou de l'un d'eux suffit pour rendre les enfans légitimes & capables de succéder, *ibid.*
L'empêchement de simple honnêteté, venant des fiançailles, n'a presque plus lieu, 33
L'empêchement venant d'un mariage célébré, mais non consommé, ou annullé par impuissance, ou autrement, va jusqu'au quatriéme degré, *ibid.*
On peut obtenir la dispense tant avant le mariage qu'après, *ibid.*
De la dispense obtenue après la mort de l'un ou l'autre des conjoints, 34
Si la dispense étant obtenue après le mariage & pendant la vie des mariés, l'un d'eux peut s'opposer à la fulmination, & refuser de réhabiliter le mariage, *ibid.*
Les condamnés à une peine qui emporte mort civile, peuvent contracter mariage, mais on le prive des effets civils; *secùs*, si le condamné meurt dans les cinq ans, & qu'on purge sa mémoire, 35
Le condamné non contumax se mariant, & mourant pendant l'appel, son mariage vaut, *ibid.*
Comme aussi le mariage du condamné contumax qui s'est représenté, ou a été fait prisonnier dans les cinq ans, & qui meurt avant l'Arrêt, est bon, *ibid.*
L'erreur, quant à la personne & à sa qualité, même de libre ou d'esclave, rend le mariage nul; mais non pas l'erreur ou la surprise, quant à la richesse, vertu, &c. 36
L'inégalité des conditions n'empêche pas le mariage, *ibid.*
Ni la disproportion de l'âge, ou la vieillesse, 37 & 39
Du mariage du tuteur, ou de son fils, avec son adulte, avant la reddition du compte, & comment on le punit, 37
Du mariage des raviſſeurs de force, 46
De l'empêchement venant du vœu simple de chasteté, 37
Les Religieux Profès sont incapables de mariage, quoique le Pape les ait dispensés quelquefois, 37
Un des mariés ne peut pas se faire Religieux sans l'autre, & s'il en est de même, quoique le mariage n'ait pas été consommé, *ibid.*
Les Prêtres, Diacres, Soudiacres, sont incapables de mariage, mais quelquefois les Papes leur ont accordé la dispense, *ibid.*
Du mariage des Religieux ou Prêtres apostats, *ibid.*
L'impuissance perpétuelle lors de la célébration du mariage le rend nul, 38
De l'abolition du congrès, 39
De l'impuissance venant du maléfice, ou nouement d'éguillette, 39 ou *ibid.*
De l'empêchement au mariage provenant de l'adultere, *ibid.*
Le mariage d'un Chrétien avec un Infidéle ou Payen n'est pas valable, 40

Si de deux Payens mariés, l'un se convertit à la Foi Catholique, il peut se remarier avec une personne Catholique, *ibid.*
Si de deux Catholiques mariés, l'un abandonne la foi, le mariage subsiste, *ibid.*
Du mariage des Réligionnaires, *ibid.*
La présence volontaire & non forcée du Curé, ou autre Prêtre par lui commis, est nécessaire au mariage pour sa validité, *ibid.*
Des témoins requis à la célébration du mariage, 41
Les promesses de mariage par paroles de présent sont réprouvées, *ibid.*
De la publication des bans de mariage, & de leur dispense, 42
Le seul défaut de publication des bans, ou des dispenses pour les obtenir, ne rend pas le mariage nul, *ibid.*
Les mariages clandestins & tenus secrets ou cachés sont privés des effets civils, 44
De la réhabilitation des mariages, 34
Des peines des mariages ou commerces incestueux, 46
Les mariages faits après un concubinage & dans une derniere maladie, ou sur le déclin de la vie, sont privés de tous les effets civils, 50
Les mineurs sont tenus pour majeurs en tout ce qui concerne leur contrat de mariage, 161
Des femmes qui se remarient à des gens indignes de leur qualité, 290
Les contrats de mariage sont susceptibles de toute sorte de conventions, & comment, 383

Médicamens.

De ceux qui peuvent vendre ou employer des médicamens, ou drogues dangereuses, 490

Mélanges.

Du mélange des choses appartenant à divers maîtres, 96

Mer.

Voyez *Rivages.*
La mer & ses rivages appartiennent au Roi, 80
Du jet des marchandises à la mer, & de la contribution des maîtres des marchandises conservées, 106

Meubles.

Les meubles n'ont point de suite par hypothéque, & comment cela s'entend, 367 & 457

Mineurs.

Les mineurs peuvent s'obliger personnellement sans curateur, & l'assistance du curateur n'empêche pas la restitution, s'ils sont lésés, ni que l'acte ne vaille, s'ils ne sont pas lésés, quoique sans curateur; le défaut du curateur fait seulement présumer la lésion, au lieu qu'autrement le mineur doit la prouver, 70
En quel cas la lésion du mineur qui contracte, est toujours présumée, 160
L'aliénation des immeubles des pupilles & mineurs sans décret du Juge est défendue & nulle, 159
S'il en est de même, quand le pere testateur en a permis l'aliénation sans formalités, 158
Le mineur ou pupille ne doit rendre du prix de l'aliénation que ce qu'on montre avoir été converti à son profit, 159
Et l'acheteur desdits biens doit en rendre les fruits, même d'avant l'instance, quand il a connu la minorité, *ibid.*
Et on lui tient en compte les dépenses ou améliorations sur la restitution des fruits, *ibid.*
La vente des immeubles des mineurs, quoique faite avec les formalités requises, est cassable encore par la lésion d'un tiers ou d'un quart, sans même que l'acquéreur puisse suppléer le juste prix, *ibid.*
Des payemens faits aux pupilles ou mineurs, ou à leurs tuteurs & administrateurs, & ce qu'il faut pour leur validité & sureté, 160
Les mineurs peuvent recevoir, & on peut leur payer leurs intérêts ou revenus, sans formalités ni curateur, *ibid.*
S'il en est de même des arrérages d'intérêts échus durant leur pupillarité, 161
Le pupille ou mineur qui paye à un majeur, quoique sans tuteur ou curateur, est valablement libéré, *ibid.*
Mais le pupille ou mineur qui paye à un autre pupille ou mineur, n'est pas restitué, si l'argent dépérit, & il doit repayer, 162
Le prêt fait par une pupille ou mineur à un majeur est valable, *ibid.*
Mais si le prêt est fait à un autre pupille ou mineur qui dissipent l'argent, il n'y a pas de restitution pour le prêteur, *ibid.*
Si un majeur prête à un mineur qui ait dissipé l'argent, ce majeur n'a point d'action contre ledit mineur, *ibid.*
Du mineur qui en contractant s'est dit majeur, & qui ne laisse pas d'être restitué, 71
Les mineurs sont réputés majeurs en ce qui concerne leur mariage, & pour leur négoce, & pour les fruits & droits de leur Bénéfice, 161

Monnoyes.

Du décri des monnoyes, 424
Voyez *Payement.*

Monſtre.

De l'enfant qui dégénére en monſtre, 202

Mort civile.

Voyez *Alimens*, *Mariage*, *Subſtitution*, *Teſtament.*
Qu'eſt-ce qui opere la mort civile, & comment on l'encourt, 60

Mort ſaiſit le vif.

Voyez ſur cette régle, 245 & 357
Ladite regle a lieu à l'égard de tous héritiers, ſoit par teſtament, ou *ab inteſtat*, dans les Pays de Droit Ecrit, 346

Mouches à miel.

Qui ont abandonné leur repaire, n'appartient pas au Haut-Juſticier, & le maître peut les réclamer, 90

Moulins.

Les Seigneurs Haut-Juſticiers peuvent prohiber les moulins, & autres ouvrages, ſur les rivieres non navigables, 83

Murs mitoyens.

Des murs mitoyens, & des regles à leur égard, 110 & *ſuiv.*
Des fenêtres ou ouvertures en mur mitoyen, 111
Des marques pour connoître ſi un mur eſt mitoyen, ou non, ibid.

N

Noble, Nobleſſe.

Des priviléges & exemptions des nobles, 11
Comment la nobleſſe s'acquiert, *ibid.*
Comment elle ſe perd, 13
Des Lettres de réhabilitation de nobleſſe, *ibid.*
La nobleſſe s'acquiert du pere, & non de la mere, *ibid.*
La femme noble mariée à un roturier, paſſe pour roturiere tant que le mariage dure, 14
La femme roturiere mariée avec un noble, eſt réputée noble pendant le mariage & la viduité, *ibid.*

Nôces, ſecondes nôces.

Voyez *Succeſſion.*
Des peines des ſecondes nôces dans l'an de deuil, ou après l'an de deuil, 345

Noms, voix, droits, actions.

Voyez *Dettes.*
Les noms, voix, droits, actions, ſont une troiſiéme eſpéce de biens en Languedoc, 107
Ils ne ſont pas compris ſous le terme de biens meubles & immeubles; *ſecùs*, ſous le terme ſimple de biens, ou de tous & chacun les biens, *ibid.*

Notaires.

Voyez *Témoins.*
Les Notaires ne peuvent ſtipuler pour les abſens, 169
Notaires doivent faire mention de la requiſition de ſigner faite aux parties, & de leur réponſe, 171
Notaires doivent ſigner les teſtamens, & autres actes, *ibid.*
Notaires doivent faire mention de la lecture du teſtament faite au teſtateur, *ibid.*
Des actes reçus par un Notaire hors de ſon reſſort, 351

Novation.

Il n'y a pas de novation, ſi les parties ne l'ont expreſſément déclaré, 427 & 428
Mais la délégation parfaite produit une novation, 428

Nullité.

Les voies de nullité n'ont pas lieu en France, & comment cette maxime s'entend, 476

O

Obligation.

Voyez *Condition.*
Voyez *Stipulation.*
Les obligations, quoique ſans cauſe, ſont valables, 355
Des obligations naturelles qui ne produiſent pas d'action en Juſtice, 350
Les obligations ſe prouvent par actes privés ou publics, ou par l'aveu en Juſtice, 371
Les obligations ſe contractent par le conſentement, mais il y en a encore qui requiérent la tradition, ſçavoir, le prêt, le prêt à uſage, le dépôt & le gage, 352 & 371
Dans le Droit Romain, les conventions non revêtues des formalités de la ſtipulation ne produiſent pas d'action, 371

Des obligations concernant les choſes qui ne ſont pas dans le commerce, 379
Des obligations ou promeſſes qu'un tiers fera ou donnera, ou bien de faire faire, ou de faire donner par un tiers, 380
Des obligations qui ne commencent qu'en la perſonne des héritiers des contractans, 387
Des obligations de payer, Prêtre, mort ou marié; elles valent, & comment, *ibid.*

Offices.

Les offices ſont réputés immeubles, 108

Onces.

Partition de l'hérédité en douze onces, preſque abolie par l'uſage, 210

Option.

Voyez *Légat.*
Dans les contrats l'option ou le choix appartient dans les régles à celui qui s'eſt obligé, 268
Après avoir opté, on ne peut plus réguliérement varier, *ibid.*

Ordonnances.

De l'enrégiſtrement des Ordonnances, Edits & Déclarations, 5

Ouvrages.

Des ouvrages faits de la matiere d'autrui, 95

P

Pacte commiſſoire.

Ce pacte a lieu dans les ventes & baux à loyer à perpétuité; car ſi le preneur ne paye le prix dans un brief délai qu'on lui accorde, le bailleur reprend ſon fonds ſans le faire décréter, 401
Ce pacte eſt réprouvé dans les engagemens & antichréſes, 370

Parenté.

Voyez *Degré.*
Comment la parenté ſe prouve, 347

Parricide.

Du crime de parricide, 490

Partage.

Voyez *Licitation.*
Chacun des priſonniers peut demander le partage, 485
Un mineur ne peut pas dans les regles le demander, *ibid.*
On ne peut faire avec un mineur qu'un partage proviſionel, *ibid.*

Particule.

Des particules conjonctives & disjonctives, & de leurs effets, 139 & 213

Pâturage, Paccage.

Voyez *Bois.*
Voyez *Communaux.*

Payement.

Voyez *Mineurs.*
Voyez *Obligation.*
Voyez *Terme.*
On peut payer pour autrui, & payer au nom d'autrui, 260 & 426
Dans les régles le créancier n'eſt pas néanmoins obligé de recevoir ſon payement d'autre que de ſon débiteur, 426
Sur quelle dette les payemens ſont-ils imputés, quand cela n'a pas été expliqué, 425
Les payemens s'imputent en premier lieu ſur les intérêts, *ibid.*
On ne peut pas payer une choſe pour une autre au créancier malgré lui, 426
On ne peut pas payer en parcelles malgré le créancier, s'il n'y a une convention pour cela, 427
Des payemens faits à la veille d'une diminution des monnoies, 424

Péche.

La pêche dans la mer eſt déclaré libre à tous, & comment, 82
La pêche dans les rivieres navigables n'appartient qu'aux maîtres-pêcheurs, *ibid.*
Des conceſſions de pêche dans la mer, faites par le Roi à certains Seigneurs, *ibid.*
La pêche dans les rivieres non navigables appartient aux Seigneurs Hauts-Juſticiers, & ils peuvent l'y prohiber malgré toute preſcription, *ibid.*

Péculat.

Du crime de péculat, 491

Pécule.

Du pécule du fils de famille, 458
Du pécule des Religieux, & qu'ils n'en peuvent diſpoſer à cauſe de mort, mais qu'il appartient au monaſtere, 15
Du pécule des Chevaliers de Malthe, *ibid.*

Penſions, proteſtations.

De la preſcription des rentes, penſions, ou preſtations annuelles, tant pour le capital qu'arrérages par trente ans dans tous les cas, 373
Les penſions ou preſtations annuelles & viageres ſont dues au commencement de l'année, ſi le contraire n'a été dit, 374

Les penſions ou preſtations annuelles & viageres, ayant été reçues, peuvent-elles ſe répéter pour le tems de l'année ou du ſemeſtre que le penſionnaire n'a pas vécu ; & n'étant pas payées, ſont-elles dûes pour l'an ou le ſemeſtre commencé, *ibid.*

Pere, Puiſſance paternelle.

Voyez *Emancipation.*

Des effets de la puiſſance paternelle, 21

La puiſſance paternelle n'a pas lieu dans les Pays Coutumiers, 21 & 22

Dans les Pays où le mariage émancipe, les enfans ne peuvent jamais être en la puiſſance de leur ayeul, 22

La mort civile du pere fait ceſſer & finir la puiſſance paternelle, & s'il en eſt de même de la condamnation par coutumace, 53

La rélégation & l'exil ne la font pas ceſſer, *ibid.*

La captivité ne fait pas perdre au pere la puiſſance paternelle, s'il revient, 54

Péremption.

Des cas ou elle a lieu, & comment elle eſt interrompue, 474

Pigeonier.

Voyez *Chaſſe.*

Les pigeoniers en Languedoc ne peuvent être empêchés par les Seigneurs ſans un titre, 50

Plaider.

Où eſt-ce qu'on peut plaider ſans Procureur, 471

Il n'y a que le Roi qui plaide par Procureur, 472

Les Seigneurs Juſticiers pour leur droit ne peuvent plaider par leur Procureur Fiſcal qu'en leur ſiege, *ibid.*

Poligamie.

Prohibée en France, & quelle en eſt la peine, 32

Poſſeſſeur.

Voyez *Dépenſes.*

Voyez *Fruits.*

Voyez *Réintégrande.*

Quels ſont les poſſeſſeurs de bonne ou de mauvaiſe foi, 98

Le poſſeſſeur de bonne foi gagne tous les fruits par lui recueillis, quoique non conſumés, juſqu'à l'aſſignation en délaiſſement, mais non pas depuis, ni ceux qui ſont alors pendans par les racines, 99

Le poſſeſſeur de mauvaiſe foi doit reſtituer tous les fruits depuis ſon indue occupation, *ibid.*

La reſtitution des fruits, à l'égard même du poſſeſſeur de bonne foi, ſi ſa déclaration eſt conteſtée, ſe fait, tant pour la quantité, que valeur deſdits fruits, au dire d'Experts, 99

Poſſeſſion.

Voyez *Preſcription.*

On conſerve la poſſeſſion, en poſſédant par ſoi ou par autrui, 482

La poſſeſſion peut ſe retenir *ſolo animo*, mais non pas s'acquérir, *ibid.*

De la poſſeſſion immémoriale, & que pour la prouver il faut des témoins de cinquante-quatre ans qui dépoſent d'avoir vû & d'avoir appris de leurs auteurs, 132

Précaire.

Du précaire & hypotheque privilégiée du vendeur, en capital & intérêts, avant tous autres, ſur la vente ſéparée de la choſe, 104

Quand eſt-ce que le précaire peut avoir lieu à l'égard des meubles & effets mobiliers, 131

La clauſe de précaire, quoiqu'elle ait été omiſe, ſe ſupplée toujours, *ibid.*

Préférence.

De la préférence entre deux acheteurs, donataires, ou fermiers d'une même choſe, *ibid.*

Prélégat.

Le prélégat fait à l'héritier grévé ſans diſtraction de quarte doit entrer dans la reſtitution du fidéicommis, s'il ne paroît d'une volonté contraire du teſtateur, 292

Preſcription.

Voyez *Abſent.*

La preſcription des meubles & des immeubles n'a lieu en Pays de Droit Ecrit que par trente ans, 125

En pays Coutumiers on peut pourtant preſcrire les immeubles par 10 ans, avec titre & bonne foi, ou par 20 ans, *ibid.*

Dans les Pays de Droit Ecrit la preſcription de trente ans a toujours lieu, quoiqu'on n'ait eû ni titre ni bonne foi, *ibid.*

Dans les Pays de Droit Ecrit la preſcription de dix ou douze ans n'a lieu qu'à l'égard des actions hypothécaires des créanciers par les tiers acquéreurs, ſoit à titre onéreux ou lucratif, avec titre & bonne foi, 126

De l'action des créanciers, & autres, dans les dix années, en déclaration d'hypotheque, *ibid.*

Si les créanciers conditionnels doivent agir

aussi en déclaration d'hypotheque dans les dix ans, *ibid.*

De l'action hypothécaire jointe à la personnelle, & qu'elle dure quarante ans dans les Pays Coutumiers, *ibid.*

La prescription des hypotheques par dix ans n'a pas lieu en faveur d'un successeur du débiteur, ou d'un donataire d'une quote de ses biens, *ibid.*

Il n'y a point de prescription sans possession, & il faut avoir joui par soi, ou ses gens, pour prescrire l'hypotheque, & que ce ne soit pas le débiteur qui ait joui, 127

Il faut aussi avoir joui comme maître, & non à titre d'engagiste; mais l'acheteur à pacte de rachat prescrit les hypotheques par dix ans, *ibid.*

L'absence qui porte la prescription de l'hypotheque à vingt ans, s'entend en Pays de Droit Ecrit d'une absence hors du Royaume, & *Reipublicæ causâ*, *ibid.*

Quand le créancier a été en partie présent, & en partie absent, on double seulement le tems de son absence, 160

Les choses saintes & sacrées, & les choses publiques, ne sont pas sujettes à la prescription, 129

Mais les biens d'Eglise, ou biens ecclésiastiques, se prescrivent par quarante ans, quoiqu'on eût même un titre vicieux, *ibid.*

Et lesdits quarante ans se comptent seulement du jour de la mort de l'Ecclésiastique, qui a mal aliéné, ou qui a commencé de laisser prescrire, *ibid.*

La prescription contre l'Eglise est toujours de quarante ans, quand même elle ne feroit que succéder à un particulier contre lequel elle auroit déjà commencé, de façon qu'on ajoute en sa faveur dix ans à la prescription trentenaire, & trente ans à celle de l'action hypothécaire, *ibid.*

Cependant l'Eglise jouit elle-même contre les particuliers, des prescriptions ordinaires de dix ou de trente ans, 130

Les biens de l'Eglise, à quelque titre qu'elle les ait eû, même à la charge d'une fondation, se peuvent prescrire par quarante ans, *ibid.*

Néanmoins les rentes obituaires établies en faveur de l'Eglise sur les biens des particuliers, sont imprescriptibles tant par les héritiers du fondateur, que par les tiers acquéreurs, *ibid.*

Et pour lesdites rentes obituaires l'Eglise peut attaquer les tiers acquéreurs, sans discutes les héritiers du fondateur, ou s'en prendre même à l'un d'eux solidairement, *ibid.*

Et on adjuge les arrérages desdites rentes contre lesdits héritiers depuis vingt-neuf ans avant l'instance, qu'on applique à l'augmentation du service ou ornemens, si l'obit n'a pas été desservi, & depuis l'instance seulement contre les tiers acquéreurs de bonne foi, *ibid.*

Les Ecclésiastiques pour les revenus de leurs Bénéfices sont sujets à la prescription de de trente ans seulement, de même que pour les biens de leur patrimoine, 131

Les choses usurpées ou volées se prescrivent par trente ans, *ibid.*

Les biens du Domaine & droits de la Souveraineté sont imprescriptibles, *ibid.*

Les biens échus au Roi par confiscation, ou autrement, peuvent se prescrire par trente ans, s'ils n'ont pas été encore incorporés au Domaine, 132

Les lods & autres droits casuels dûs au Roi peuvent aussi se prescrire par trente ans. *ibid.*

Pour la prescription on peut joindre le tems de la possession de son auteur à la sienne, *ibid.*

De la prescription immémoriale, & comment elle doit être prouvée, *ibid.*

De la prescription à l'égard des lettres & billets de change par cinq ans, 131

De la prescription contre les Marchands, Maçon, Charpentiers, & autres, par un an, & contre les Boulangers, Bouchers, & autres, par six mois, 133

La prescription de trente ans court contre tous, femmes, absens, &c. sauf contre les pupilles & les furieux ou imbécilles, *ibid.*

Elle court aussi contre le mineurs, sauf qu'ils peuvent s'en faire relever en le demandant dans les dix ans après la majorité, *ibid.*

Si néanmoins un mineur a succédé à un majeur contre lequel la prescription avoit commencé, il n'a après sa majorité, & quoique dans les trente-cinq ans, que le tems qui manquoit contre le majeur son auteur, *ibid.*

Les prescriptions moindres de trente ans ne courent pas contre les mineurs, 134

L'engagiste, le fermier, le dépositaire, &c. ne prescrivent jamais, mais bien ceux qui auroient

auroient depuis acquis d'eux, *ibid.*
Celui qui a acquis du Fisc un bien qui n'appartient pas au Fisc, ne peut prescrire que par trente ans, 132
De la maxime que nul ne peut prescrire contre son titre, & comment elle s'entend, 134
On peut prescrire outre & au-delà de ce que le titre accorde, 117 & 134
De la prescription des crimes par le laps de vingt ans, même quand aux intérêts civils, où il est parlé de l'exécution figurative, 134
La prescription du fonds dotal ne court pas contre la femme pendant le mariage, si elle n'avoit commencé auparavant, 154
Mais la prescription d'une somme dotale court contre la femme, quand même elle n'auroit pas commencé avant le mariage, *ibid.*
Et l'on n'accorde pas de recours à la femme contre celui qui a prescrit la somme ou le fonds dotaux, malgré l'insolvabilité du mari, *ibid.*
La prescription du fonds dotal qui a commencé avant le mariage, se continue contre les enfans de la femme, quoique mineurs & en la puissance de leur pere, *ibid.*
Hors de ce cas la prescription ne court pas contre les enfans en puissance de leur pere, pour les biens leur appartenant dont il a l'usufruit, ou qu'il a aliénés, *ibid.*
Si la faculté de racheter en tout tems une rente fonciere, ou obituaire, ou de bail à loyer à perpétuité, se prescrit par trente ans, 358
Les rentes foncieres sont imprescriptibles, sauf pour les arrérages qui n'en sont adjugés que depuis vingt-neuf ans, 359
Toutes les autres rentes se prescrivent par trente ans, même quant au droit de les exiger, 373
Même les rentes constituées à prix d'argent, quoique le capital n'en soit pas exigible, se prescrivent aussi-bien pour le capital que pour le droit de les exiger, par le laps de trente ans; mais on est reçu à prouver, même par témoins, qu'elles ont été payées depuis moins de trente ans, 359
On ne peut pas faire jurer sur la promesse faite de payer une dette prescrite, 363
La prescription d'une dette déléguée court en faveur du vendeur, & non de l'acheteur délégué, si la cession n'a été acceptée ou signifiée, 428
Le tiers acquéreur prescrit l'hypotheque de la dot par dix ans, à compter du jour que la femme a été libre d'agir, 458
De la prescription de rendre compte, 66

Prêt.

Du prêt, appellé *mutuum*, 353

Prêt à usage.

A quoi est obligé celui à qui on a prêté quelque chose à usage, & de quoi il répond, 363 *& suiv.*
Celui à qui on a prêté à usage une chose, ne la prescrit jamais, & ne peut opposer ni compensation, ni aucune autre exception, *ibid.*
Celui à qui on a prêté une chose, ne peut s'en servir à un usage différent, & si la chose vient à périr, on présume que c'est par sa faute, *ibid.*

Prétérition.

Voyez *Légitime.*
La prétérition ou le défaut d'institution des enfans émancipés, ou non, ou même posthumes, annulle toujours le testament quant à l'institution générale, & à la substitution, 197 *& suiv.*
Le défaut d'institution particuliere du légitimaire, en ce qu'on lui laisse, équipolle à une prétérition, *ibid.*
La prétérition ou l'exhérédation injustes, ou le défaut d'institution, annullent même la substitution pupillaire, 197
Mais pourvu qu'on ait institué l'enfant héritier particulier en quelque chose, il n'y a pas de prétérition, quand même un étranger seroit héritier universel, *ibid.*
Autrement le testament est nul aujourd'hui, quand même un autre enfant seroit institué héritier général, 198
Si l'institution des légitimaires est nécessaire à Montpellier, 237
Il faut instituer au moins l'enfant en ce qu'on lui auroit auparavant donné ou constitué en dot, 245
L'enfant condamné par contumace à une peine emportant mort civile, doit être institué en ce qu'on lui laisse, au cas qu'il vienne à être rétabli, 201
L'enfant absent doit être instituée de même sous la condition du retour, *ibid.*
Le fidéicommis même universel, fait en faveur du fils, ne couvre pas le vice de la prétérition, ni du défaut d'institution, 242
Non plus que la substitution vulgaire faite en

faveur du fils, ne les couvre pas, 243
L'approbation du testament, ou réception du legs faite par l'enfant non institué, ne l'empêche pas de faire annuller le testament, 244
La prétérition de l'enfant légitimé par Lettres, s'il n'y a pas d'autres enfans, rend aussi le testament nul, 49
La prétérition, ou défaut d'institution des enfans légitimés par subséquent mariage, rend également le testament nul, 210
La prétérition ou défaut d'institution des petits-fils, n'y ayant pas des fils, annulle aussi le testament, 202
Le fils étant justement exhérédé, les petits fils qui ont été prétérits, peuvent faire annuller le testament, quand leur dit pere exhérédé est mort avant leur ayeul, *ibid.*
La prétérition faite par la mere ou ascendans maternels ne vaut pas une exhérédation, & & ils doivent, tout comme le pere, instituer les enfans, 203
Le posthume prétérit ou non institué rompt le testament, & le rend nul; mais l'institution faite du posthume s'étend à tous, & à ceux même d'une autre femme, à moins qu'elle n'eût été nommée, 200
Le posthume prétérit, pour rompre le testament, doit naître viable, 202
Le testament reprend force par la mort de l'enfant ou du posthume prétérit pendant la vie du testateur, 200
Le silence ou l'approbation de l'enfant prétérit, n'empêche pas les autres enfans de faire annuller le testament; mais si l'enfant prétérit étoit seul, les autres parens ne pourroient pas le faire, 202
La prétérition n'annulle pas les testamens militaires, étant faite sciamment; mais néanmoins on distrait la légitime pour l'enfant ou ascendant prétérit, 203
Mais la prétérition faite *ignoranter*, rend nuls les testamens, même militaires, *ibid.*
La prétérition ou défaut d'institution à l'égard des ascendans légitimaires, annulle de même le testament, 233
Et il en est de même à l'égard des freres ou sœurs légitimaires, *institutâ turpi personâ*, 234

Preuve.

Voyez *Substitution.*
De la preuve que les témoins d'un testament n'ont pas été présens, ou ont signé séparément, 172
De la preuve de la démence de testateur, *ibid.*

Prisonniers de guerre, ou Captifs.

Ils ne sont regardés que comme absens, 10 & 184
Leurs testamens sont bons, *ibid.*

Procédure, Procès.

On suit toujours pour la procédure le style du lieu où l'on plaide, 8
Quand est-ce qu'un procès est en état d'être jugé, 422

Procureur, Procuration.

Voyez *Mandat.*
Voyez *Plaider.*
On peut acquérir par le moyen d'un Procureur fondé, 169
Le Procureur pour un procès n'est pas suffisamment révoqué, si par le même acte on n'en constitue un autre, 413
Procureur, son pouvoir, & quand est-ce qu'il peut être désavoué, 472
Des Procurations pour résigner des bénéfices, & de leur révocation, 421

Prodigues.

De l'interdiction des prodigues, 71

Puberté.

La puberté est à quatorze ans accomplis pour les mâles, & à douze ans pour les filles, 23

Pupilles.

Voyez *Tuteur.*
Comment les pupilles peuvent s'obliger, ou le tuteur pour eux, 67, *& suiv.*

Q.

Quart.

Voyez *Veuve.*

Quarte.

Les quartes falcidie & trébellianique sont le quart de l'hérédité, qui se prend des legs ou des fidéicommis, 276
Elle sont inconnues dans les Pays Coutumiers, *ibid.*
Elles peuvent être prononcées par testament ou par codicile, mais aux légitimaires expressément, & aux autres du moins tacitement, *ibid.*
La défense même de faire inventaire vaut une défense de la falcidie, & la permission de prendre quelque chose de l'hérédité, cela

valut-il moins que la trébellianique eſt une prohibition tacite de la quarte, 277 & 391
Ces quartes peuvent être prohibées en partie, comme auſſi ſur certaines choſes ou legs, & alors elles ſe prennent ſur le reſtant, 277
La détraction de la quarte, outre la légitime, quoique contraire au Droit, eſt permiſe aujourd'hui aux légitimaires inſtitués, 278
La falcidie ſe perd par le défaut d'inventaire, mais non la trébellianique, *ibid.*
Ces quartes ſe réglent, eu égard à la valeur des biens au tems du décès du teſtateur, 279
L'héritier n'impute pas en la falcidie les donations entre-vifs, mais ſeulement ce qu'il prend par droit héréditaire, *ibid.*
Ni les legs ou fidéicommis, 291
L'héritier n'impute pas non plus en la trébellianique les donations entre-vifs à lui faites, mais tout ce qu'il prend *ex teſtamento*, *ibid.*
Falcidie & trébellianique ne ſe prennent pas ſur les donations entre-vifs, ni ſur les dettes héréditaires, & on les préleve avant toute autre œuvre, 279
On préleve auſſi les frais funéraires, & les légitimes qui ſont regardées comme des dettes, autrement toutes ces choſes diminueroient d'autant la quarte, *ibid.*
Mais les trébellianique & falcidie ſe prennent ſur l'hérédité entiere, y compris les légats, 291
Aujourd'hui ces quartes ſe prennent même ſur les libéralités faites à la cauſe pie, 279
Elles ne ſe peuvent prendre, ſi on n'eſt chargé comme héritier, *ibid.*
Les enfans qui tiennent le premier degré, n'imputent pas les fruits en ces quartes, mais bien les aſcendans & les étrangers à proportion du tems qu'ils ont joui, & elles ſe conſument en entier par dix ans de jouiſſance; mais on n'y impute pas les fruits perçus depuis l'échéance, & *negligentiâ petentis*, 289 & 290
L'héritier ne contribue jamais ſur la quarte au paiement des legs, 291
Les légitimaires peuvent détraire, outre leur légitime, les quartes, quand même ils ſeroient grévés de rendre purement en vertu de la clauſe codicillaire 294

Quaſi-contrat.

Ce que c'eſt, 423

R

Rachat.

Voyez *Preſcription.*

LA faculté de rachat dure trente ans, quoiqu'elle ait été ſtipulée pour un moindre terme, 400
Et quoiqu'elle ait été ſtipulée à perpétuité, elle ne dure auſſi que trente ans, *ibid.*
Lorſqu'il a été convenu qu'on ne pourroit uſer du rachat avant un certain tems, cette clauſe n'eſt pas obligatoire, 401

Rançon.

Le pere doit payer la rançon du fils, 17

Rapport.

Du rapport des biens, tant aux ſucceſſions teſtamentaires qu'*ab intéſtat*, à faire de la part des enfans, 339 323

Rapt.

Voyez *Groſſeſſe.*
Voyez *Mariage.*
Du rapt de force, 37

Réceleurs.

Leur peine, 435

Réciſion.

Voyez *Léſion.*
Voyez *Reſtitution.*

Redhibitoire.

Voyez *Achat.*
De l'action redhibitoire en fait de ventes, 403

Réglemens.

Il n'y a que les Juges Supérieurs qui puiſſent faire des Réglemens dans leurs Reſſort, 4

Réintégrande.

De la réintégrande, & qu'elle doit être parfournie avant toute œuvre, 481

Religieux.

Voyez *Pécule.*
A quel âge doit ſe faire la Profeſſion Religieuſe pour être valable, & de la réclamation, 23 & 24
Le religieux qui a une penſion viagere, ne peut la demander que par le Syndic de ſon Couvent, ni y renoncer, ou en tranſiger, ſans le conſentement du Couvent, 120
De l'exhibition à faire aux parens, de leurs enfans qu'on a reçu Religieux ſans leur conſentement, 480
On peut faire un legs annuel ou une penſion viagere à un Religieux, mais non d'autres libéralités, 207
Le Religieux Novice ne peut faire des diſpoſitions au profit du Monaſtere où il va faire profeſſion, ni d'un autre, 210

Religionnaires.

Des Religionnaires fugitifs, 320

Renonciation.

Voyez *Légitime.*
Voyez *Usufruit.*
Les répudiations ou renonciations aux legs, légitime, successions, &c. en fraude des créanciers, ne sont pas permises en France, 455
Des renonciations des filles dans leur contrat de mariage aux successions futures, 206

Rentes constituées.

Voyez *Intérêts.*
Les rentes constituées sont censées meubles dans le Languedoc, & étant cédées elles ne peuvent pas être suivies par hypotheque, 107
Comment est-ce qu'on se regle pour décider de leur qualité; 108
Les rentes constituées ou volantes sont approuvées sous trois conditions, 358
Les rentes constituées à prix d'argent, étant stipulées payables en grains, sont réductibles en argent, 359
Les rentes constituées à prix d'argent se prescrivent par trente ans, aussi-bien que le droit de les exiger, *ibid.*
Mais on est reçu à prouver, même par témoins, qu'elles ont été payées depuis moins de trente ans, *ibid.*
Rente constituées anciennement se payent sur le pied des anciens contrats, malgré la réduction du taux des intérêts, 360
Des arrérages des rentes constituées, 359 & 360

Rentes foncieres.

Les rentes vraiement foncieres, établies *in traditione fundi*, ne sont ni réductibles ni rachetables, s'il n'a été convenu du contraire, & elles sont imprescriptibles quant au droit de les exiger, sauf pour les arrérages qui se prescrivent par trente ans, 358 & 359

Rentes obituaires.

Voyez *Prescription.*
Les rentes obituaires sont imprescriptiles quant au droit de les exiger comme les rentes foncieres, & quoiqu'elles aient été assignées sur certains fonds, elles s'étendent à prendre sur tous les autres biens du fondateur, 130
En quelle espece de biens les rentes obituaires peuvent être établies aujourd'hui, *ibid.*

Rentes viageres.

Voyez *Pension.*

Répétition.

Voyez *Pension.*
Il n'y a pas de répétition sur le créancier *qui suum recepit*, fût-ce même une femme qui lui eût payé, 360
Ce qui n'étoit dû ni par obligation civile, ni par obligation naturelle, peut être répété, 361
Ce qui étoit dû par une obligation naturelle, ne peut être répété, *ibid.*
Le payement d'une dette prescrite ne peut pas être répété, 362
En répétant une somme non due, on n'en peut prétendre les intérêts que depuis l'instance, à moins qu'on l'eût payée par force, ou que la chose qu'on répéte, produisît des fruits, 363
On peut aussi répéter les intérêts qu'on auroit payé d'une somme non dûe, parce qu'ils tiennent lieu de capital, *ibid.*

Répliques.

Des répliques, dupliques, tripliques, &c. 479

Représentation.

La représentation en ligne directe descendante pour les successions a lieu à l'infini, 321
Elle n'a pas lieu en ligne directe ascendante, 324
Elle n'a pas lieu en ligne collatérale au-delà des enfans des freres, 329
Le droit de représentation n'a lieu que dans les successions *ab intestat*, & non dans les fidéicommis, 304

Répudiation

Voyez *Abstention*, *Donation*, *Héritier*, *Inventaire*, *Renonciation*, *Succession.*

Restitution en entier.

Voyez *Lésion.*
Voyez *Mineurs.*
La restitution en entier ne s'accorde qu'en prenant des Lettres de Chancelerie, 476
Et ces Lettres de restitution doivent être impétrées dans les dix années depuis l'acte,

te, ou, si l'on étoit mineur, dans les dix ans après la majorité ; cependant il suffit d'avoir assigné la partie, & formé l'instance dans les dix ans, 477
La restitution du mineur ne profite pas au majeur, si ce n'est dans les choses entiérement indivisibles, *ibid.*

Retour.

Le droit de retour des donations par le prédécès du donataire sans enfans a lieu de plein droit pour les pere, mere, ayeul, ayeule, frere, ou sœur, oncles & tantes de sang, comme aussi si lesdits enfans prédécédent sans enfans, 146
Le retour fait revenir les biens francs des hypotheques, & résoud les aliénations, sauf l'hypotheque subsidiaire de la dot & augment, *ibid.*
Les autres donateurs jouissent du droit de retour conventionnel, & au préjudice même des enfans du donataire, quand ils l'ont stipulé simplement sans parler desdits enfans, *ibid.*
Et s'ils l'ont stipulé au cas du décès du donataire sans enfans, alors quoique ledit donateur meure le premier, il transmet le droit de retour à ses héritiers même étrangers, au préjudice de l'étranger du donataire mourant sans enfans, *ibid.*
Mais dans le cas du retour stipulé simplement sans parler d'enfans, le donateur venant à mourir le premier, ne transmet aucun droit à ses héritiers, *ibid.*
Le retour n'a pas lieu en matiere de donations pures & simples entre futurs époux, faites dans leur contrat de mariage, *ibid.*

Retrait.

Du retrait lignager, 399
Du retrait féodal, 399 & 406

Rivages.

Voyez *Mer.*
Des pierres précieuses ou bijoux trouvés sur le rivage de la mer, 92
Des rivages ou marche-pieds des rivieres, 82
Les rivages des rivieres appartiennent au Roi, ou bien aux Seigneurs, *ibid.*

Rivieres.

Voyez *Alluvion.*
Voyez *Isles.*
Les rivieres navigables appartiennent au Roi, & les non navigables aux Seigneurs Hauts-Justiciers dans la Juridiction desquels elles coulent, 80 & 81
Une riviere non navigable qui sépare deux Juridictions, appartient à chacun des Seigneurs par moitié jusqu'au fil de l'eau, *ibid.*
La riviere qui n'est pas navigable dans la Terre d'un Seigneur, lui appartient, quoiqu'elle soit navigable ailleurs, *ibid.*
Dans le Languedoc une riviere quittant son lit, ce lit appartient aux anciens riverains, 94
Si la riviere reprend son ancien lit, celui qu'elle quitte, appartient à ses anciens maîtres, *ibid.*
Si le nouveau lit que la riviere se fait dans un fonds, en laissant cap & motte, fait perdre au propriétaire ledit fonds après un long tems, 94 & 95

Ruisseaux.

Si les ruisseaux appartiennent aux Seigneurs Hauts-Justiciers, 81

S

Saisie.

La préférence entre plusieurs qui ont fait saisir les meubles ou sommes dûes à un débiteur est pour le premier saisissant, 368
Quand on a usé de saisie sur les Bénéficiers, on leur laisse pourtant dequoi vivre, 464

Seing, Signature.

De la signature des témoins testamentaires, 171
De la signature du Notaire, *ibid.*
De la signature du testateur, ou de la déclaration qu'il n'a pu ou n'a sçu le faire, *ibid.*
De la signature des témoins *uno contextu*, & ensemble, 172
On ne peut prouver qu'ils n'ont pas été presens ou qu'ils ont signé séparément, qu'en prenant la voie de faux, & par quels témoins cette preuve peut se faire, *ibid.*

Sépulture.

La sépulture d'une personne morte ne rend pas le lieu saint & religieux, s'il n'étoit déjà béni, comme est un cimetiére, 85
Si d'un cimetiére servant aux sépultures on transfere ailleurs les ossemens, il redevient un lieu profane, *ibid.*
Les sépultures doivent se faire à la Paroisse, si on n'a élu ailleurs sa sépulture, *ibid.*

Et cette élection doit se prouver par écrit, ou par le témoignage des parens, *ibid.*
Mais il n'est pas besoin d'élection, ni de preuve, quand on a un tombeau de famille dans une autre Eglise, *ibid.*
On ne peut pas inhumer un étranger dans la sépulture d'une famille, si elle n'y consent, *ibid.*

Serfs.

Voyez *Esclaves.*

Serment.

On ne peut pas obliger le débiteur d'une dette prescrite, de jurer s'il n'a depuis promis de la payer, 363
Le faux serment ou parjure, étant prouvé, doit être puni, 459
Le serment de calomnie des plaideurs est hors d'usage en France, 482
Les Avocats ne prêtent le serment qu'à leur réception, ou aux ouvertures des Cours, 483

Serment in litem.

Du serment *in litem* contre les tuteurs, 63
Du serment *in litem* en matiere de spoliation, 440
Le serment *in litem* est limité à une certaine somme, *ibid.*

Servitude.

Les affaires de servitude donnent ordinairement lieu à des rélations d'Experts, 109
La servitude de passage devient de nécessité, quand on ne peut pas passer ailleurs, *ibid.*
La servitude de passage peut être changée, *ibid.*
La servitude de chemin n'empêche pas qu'on ne puisse fermer en baillant une clef, 110
De la concession des servitudes ou prises d'eau, & de leur prescription, *ibid.*
Des servitudes à l'égard des murs mitoyens, *ibid.*
Des fenêtres sur les toits dans la ville de Montpellier, 112
Des fenêtres dans les murs non mitoyens, *ibid.*
De la prescription des fenêtres à aspect sur son voisin, *ibid.*
De la servitude de stillicide, ou de recevoir les eaux du voisin, 113
Les servitudes ne peuvent s'établir que par titre ou par prescription, autrement tout est censé libre, *ibid.*
Les servitudes ne peuvent être ni changées, ni aggravées, *ibid.*
De la servitude de ne pas hausser son bâtiment, *ibid.*
Quiconque a le sol, a le dessus & le dessous, *ibid.*
Des servitudes de vûe, de jour, ou de clarté, *ibid.*
La servitude de lumiere ou de clarté n'empêche pas le voisin de bâtir ou d'élever son bâtiment, *ibid.*
En pays de Droit Ecrit les servitudes peuvent s'acquérir par la prescription de trente ans, si elles sont continues, & par la possession immémoriale, si elles sont discontinues, 114
Quelles servitudes sont continues, ou discontinues, *ibid.*
Les servitudes occultes & cachées ne peuvent s'acquérir par aucune prescription, 115
Les servitudes se perdent, & on s'en affranchit par le non-usage durant trente ans, à l'égard des fonds rustiques, & par trente années après la prohibition ou contradiction, en fait des servitudes urbaines, ou des édifices, *ibid.*
La destination du pere de famille, en fait des servitudes, ne vaut point titre à l'effet de les avoir ou de les conserver, si elle n'est par écrit, 116
Les servitudes sont indivisibles, & comment cela s'entend, *ibid.*
Les servitudes en Pays de Droit Ecrit peuvent être augmentées par la prescription, & on peut prescrire au-delà du titre, 117
On peut prescrire aussi contre la servitude en partie, *ibid.*

Société.

De la société de tous les biens, 412
De la société libre ou collective, *ibid.*
De la société en commendite, 413
Les associés en commendite ne sont tenus qu'à concurrence de leurs fonds, *ibid.*
Des sociétés anonymes, *ibid.*
Réguliérement toutes sociétés doivent être par écrit, & ne peuvent être prouvées par témoins, *ibid.*
L'enrégistrement & publication des sociétés ne sont point observées dans l'usage, 414
Les quotités du profit & de la perte, & de la contribution dans les sociétés, peuvent être inégales; mais les sociétés léonines sont reprouvées, *ibid.*

On peut renoncer à la société, & s'en départir, malgré les autres associés, mais pourvû que ce soit sans dol, & dans un tems non incommode ni préjudiciable, 414 & 415
La société finit par l'expiration du terme, ou par la fin du trafic, ou par la mort d'un des associés, si ce n'est qu'il eût été convenu qu'elle subsisteroit entre les associés survivans, ou qu'ils voulussent entr'eux la continuer, *ibid.*
La société ne se continue pas non plus entre les associés survivans & l'héritier de l'associé décédé, quand même cela auroit été convenu, à moins que les survivans ne le veuillent, *ibid.*
Les héritiers de l'associé décédé doivent pourtant parachever ce qui avoit été géré avec le défunt, *ibid.*
Pour entrer dans une société, il faut n'être ni pupille, ni dans les premieres années de la minorité, *ibid.*
Les sociétés pour les fermes publiques, ou pour rachat ou afferme de certaines choses, se transmettent & se continuent avec les héritiers de l'associé défunt, 416
Un tiers ne peut pas être admis, sans le consentement de tous, dans la société; mais un des associés peut lui communiquer sa portion, *ibid.*
La société finit par la mort civile d'un des associés, & par la confiscation de ses biens, *ibid.*
Si la société finit par la saisie générale ou cession des biens d'un des associés, *ibid.*
Les associés sont tenus solidairement aux dettes de la société, encore qu'il n'y en ait qu'un qui ait signé, mais du nom social toutefois, 416 & 417
Il faut encore pour opérer cette solidité, que l'associé ne fût pas exclu de signer par quelque clause, & que la société dure, 417
Les héritiers des associés sont tenus solidairement aux dettes de la société, *ibid.*
Entre les associés, celui qui a payé toute la dette, n'a pas l'action solidaire contre les autres, s'il n'a pris la cession & subrogation du créancier, *ibid.*
L'associé qui a fait des avances pour la société, ne peut les répéter contre chacun des autres que pour leur part; mais la portion des insolvables est toujours supportée également par tous, 418
De quoi un associé est tenu & responsable, *ibid.*
L'associé doit être indemnisé des pertes & cas fortuits qu'il a souffert par rapport à la société, *ibid.*
Des traités profitables que l'un des associés ou cohéritiers a fait pour lui seul & en son nom, il doit en faire faire part aux autres, *ibid.*

Solemnités.

Les solemnités & formalités requises doivent conster par l'acte même, autrement la preuve n'en seroit pas reçue, 171
Les actes ne requiérent pas d'autres solemnités que celles du lieu où ils ont été passés, 8

Solidité.

Voyez *Caution*, *Société*, *Tuteur*.
La solidité n'a pas lieu entre plusieurs obligés, si elle n'a été stipulée dans l'acte, 376
Les débiteurs solidaires ont même le bénéfice de division & de discussion, s'ils n'y ont pas renoncé, *ibid.*
Mais les associés en marchandises, banque, ou autre commerce, sont toujours obligés solidairement envers leurs créanciers, quoique sans expression, & on supplée même à leur égard la rénonciation au bénéfice de division & de discussion, 377
Un créancier qui reçoit de l'un de ses débiteurs solidaires sa portion de la dette, est-il censé avoir voulu diviser son action à l'égard des autres, *ibid.*
Les créanciers ou corrées *credendi*, ne sont pas non plus solidaires, s'il n'est dit expressément; & ainsi en payant le tout à l'un d'eux, le débiteur ne seroit pas libéré envers l'autre, 377 & 378
L'un des coobligés solidaires qui a payé toute la dette au créancier, n'a son recours régulièrement contre les autres que chacun pour leur part, à moins qu'il n'eût pris la cession & subrogation du créancier, 378
La perte arrivée par l'insolvabilité de quelqu'un des coobligés solidaires, doit être surpportée également par les autres, *ibid.*
L'interpellation judiciaire, ou les poursuites faites contre un des coobligés solidaires, interrompt la prescription à l'égard des autres, 379
Et le payement des intérêts, fait par l'un des coobligés solidaires, empêche aussi les autres de prescrire, *ibid.*
L'instance formée pour le tout contre un des coobligés solidaires, fait courir les intérêts con-

tre les autres, *ibid.*
Sorcier, Sortilége, 490

Stipulation.

Voyez *Obligation.*
La différence que le Droit Romain faiſoit entre la ſtipulation & le ſimple pacte, n'eſt pas connue en France, 371
Les Notaires ne peuvent pas ſtipuler pour les abſens, 169
On ne peut pas ſtipuler ni acquérir valablement pour un tiers, ſi ce tiers enſuite n'accepte & ne ratifie, 385
A moins qu'il ne s'agiſſe du pere ſtipulant pour ſon fils, d'un tuteur pour ſon pupille, *ibid.*
On ne peut pas réguliérement ſtipuler pour autrui, lors même qu'on ſtipule auſſi pour ſoi, *ibid.*

Subrogation.

Voyez *Caution.*
Voyez *Solidité.*
On n'acquiert pas la ſubrogation à l'hypothéque d'un créancier en le payant, ſans une clauſe expreſſe, à moins qu'on ne fût déjà créancier du débiteur, ou que ce fût un acheteur délégué à payer les créanciers d'un vendeur, 426

Subſtitution.

La ſubſtitution eſt ouverte auſſi bien par la condamnation de l'héritier grévé au banniſſement perpétuel, que par ſa condamnation aux galères perpétuelles, ou par ſa Profeſſion Religieuſe, ſans qu'il faille attendre ſa mort naturelle, 60
La ſubſtitution eſt auſſi ouverte par la condamnation à mort par contumace, de l'héritier grévé, du jour de l'exécution figurative, 61
De la *ſubſtitution vulgaire*, au cas que l'héritier ne puiſſe ou ne veuille pas prendre l'hérédité, 214
La ſubſtitution vulgaire contient tacitement la ſubſtitution pupillaire, excepté quand la mere ſurvit; car elle exclut le ſubſtitué vulgaire du pupille, ou quand la vulgaire a été faite réciproquement à deux enfans dont l'un étoit pubére, 218
L'inſtitution ou le legs fait en faveur d'une perſonne & de ſes enfans à naître ne forme qu'une ſubſtitution vulgaire au profit deſdits enfans, 140
De la *ſubſtitution réciproque*, expreſſe ou tacite, & préſumée, 215 & 225
La ſubſtitution réciproque peut comprendre la vulgaire, la pupillaire, l'exemplaire, & la fidéicommiſſaire, mais non les eſpeces de ſubſtitution qui ne conviennent pas à tous les ſubſtitués, 215 & 216
De la *ſubſtitution compendieuſe*, & qu'elle peut comprendre auſſi toutes les eſpeces de ſubſtitution, & prend les qualités de l'eſpéce qui ſe préſente, 216
Les ſubſtitutions réciproque & compendieuſe ne ſont pas des eſpéces de ſubſtitutions différentes des ſubſtitutions directes ou obliques, 214
La ſubſtitution directe comprend auſſi la fidéicommiſſaire, quand l'héritier meurt après la puberté, & le mot, *je ſubſtitue*, emporte trait de tems, 218
De la maxime, *ſubſtitutus ſubſtituto eſt inſtituto ſubſtitutus*, 219
De la *ſubſtitution pupillaire*, 214 & 219
La ſubſtitution pupillaire eſt expreſſe ou tacite, 219
Elle ne peut être faite qu'aux enfans qu'on a ſous ſa puiſſance paternelle, ou aux poſthumes, 220
L'ayeul paternel ne peut ſubſtituer pupillairement à ſes petits-fils, qu'au cas où le pere viendroit à mourir avant lui, ou en émancipant auparavant ſon fils, *ibid.*
La ſubſtitution pupillaire ne peut être faite par la mere, ni par les aſcendans maternels, *ibid.*
La pupillaire expreſſe contient tacitement la vulgaire, à moins qu'elle ne fût faite par un étranger autre que le pere, *ibid.*
La pupillaire s'étend à tous les biens du pupille, même à ſa légitime, 221
Ce qui a lieu, quand bien elle ne ſeroit faite qu'à une partie de ſes biens, *ibid.*
La pupillaire expreſſe prive la mere de la légitime ſur les biens de ſon fils pupille; mais ſi elle n'eſt que tacite, elle ne la prive pas même de ſuccéder, à l'excluſion du ſubſtitué, *ibid.*
La pupillaire compriſe dans la compendieuſe ou réciproque ne prive pas du moins la mere de ſa légitime, quoique le ſubſtitué ſoit un deſcendant du teſtateur; & s'il eſt étranger, elle a toute la ſucceſſion du fils, c'eſt-à-dire, ſa légitime & quarte, & ſes biens adventifs, *ibid.*
La mere a le même avantage, ſi le ſubſtitué n'eſt qu'un aſcendant, 222
Mais dans ces cas l'ayeul ou l'ayeule n'ont qu'une ſimple légitime ſur tous les biens, 221, 222, 223
La pupillaire prend fin à la puberté accomplie, quoiqu'on l'eut portée plus loin, & ſi elle n'a été

été faite que pour un moindre terme que la puberté, elle finit au tems marqué, 222
La pupillaire eſt l'ouvrage du pere, quoique ce ſoit le teſtament du fils, ainſi étant faite par un pere remarié en faveur de ſa ſeconde femme ſur la tête d'un fils du ſecond lit, elle eſt ſujette au retranchement des ſecondes nôces, 223
La ſubſtitution pupillaire ne peut ſe faire que par un teſtament, non par des codiciles, ni par contrat, 224
Le teſtament étant nul par prétérition, la ſubſtitution pupillaire, de même que les autres, ſont nulles, *ibid.*
Un tiers étant ſubſtitué par le pere à celui de ſes pupilles qui mourra le dernier, leſdits pupilles ſe ſuccédent auparavant les uns aux autres, ſans qu'il ſoit beſoin de ſupporter une ſubſtitution réciproque, 225
De la *ſubſtitution exemplaire*, 223
Les ſubſtitutions pupillaires & exemplaires ſont inconnues dans les Pays-Coûtumiers, 217
De la *ſubſtitution fidéicommiſſaire*, 348 *& ſuiv.*
La ſubſtitution fidéicommiſſaire peut ſe faire par toute ſorte d'actes, 224
Toute ſubſtitution qui a trait de tems, ſoit qu'elle ſoit conçue en termes obliques ou directs, vaut après la puberté comme fidéicommiſſaire, 226
On peut ſubſtituer des perſonnes qui n'exiſtent pas encore, pourvu qu'elles ſoient nées ou conçues lors de l'événement du fidéicommis, 247
Le fidéicommiſſaire ou ſubſtitué, même univerſel, n'eſt pas ſaiſi de plein droit, & n'obtient les fruits que depuis ſa demande en Juſtice, 256
On peut ſubſtituer la choſe qui appartient à l'héritier inſtitué, ou au légataire, 259
La caducité de l'inſtitution emporte la caducité du fidéicommis, excepté dans le teſtament militaire, ou quand le teſtament contient la clauſe codicillaire, 283
La caducité de l'inſtitution n'entraîne pas celle de la ſubſtitution vulgaire, ni de la pupillaire, ni de la compendieuſe, 284
Les fidéicommis ſecrets au profit des perſonnes prohibées ſont défendus, 280 *&* 281
Ce ſont les ſucceſſeurs légitimes, & non le Fiſc, qui en profitent, & l'héritier qui s'eſt engagé par un tel fidéicommis prohibé, eſt privé de l'hérédité & de la quarte, mais non des prélégats, 281
Les fidéicommis verbaux en faveur de perſonnes non prohibées ne peuvent pas être prouvés par témoins; mais la preuve vocale en eſt reçue, s'ils ſont en faveur des perſonnes prohibées, *ibid.*
Les fidéicommis verbaux licites ne peuvent pas être prouvés par le ſerment même de l'héritier, 299
Les fidéicommis & legs conditionnels n'étant dûs que quand la condition arrive, ne ſe tranſmettent pas, 273
Il en eſt de même des fidéicommis ou legs laiſſés à jour ou terme incertain, comme à la mort de l'héritier, à moins qu'ils ne fuſſent faits par un contrat, 285
Si au contraire le fidéicommis eſt laiſſé à un jour ou terme fixe & certain, le ſubſtitué ou légataire, quoiqu'il meure avant ledit terme, le tranſmet à ſes ſucceſſeurs, qui ne peuvent pourtant le demander qu'audit terme, à moins que ce terme ou délai n'eût été oppoſé en faveur du ſubſtitué lui ſeul, 285 *&* 286
La tranſmiſſion du fidéicommis conditionnel, ou à jour incertain, n'a pas même lieu aujourd'hui en faveur des enfans du ſubſtitué prédécédé, deſcendans du teſtateur, 286 *& ſuiv.*
La tranſmiſſion de tranſmiſſion a encore moins lieu aujourd'hui, 288
De la *ſubſtitution fiduciaire*, 286
Dans les ſubſtitutions faites par un aſcendant, on ſupplée toujours la clauſe du cas de décès ſans enfans; mais non pas lorſque le ſubſtituant eſt un étranger ou collatéral, 289
Dans les fidéicommis, *ſi ſine liberis*, les enfans doivent être légitimes & capables des effets civils, *ibid.*
Dans les cas de la condition, *ſi ſine liberis*, il faut toujours attendre la mort du grévé, quand même il ne pourroit plus avoir d'enfans, *ibid.*
Les fidéicommis tacites & préſumés n'ont plus lieu, 188
Les enfans mis dans la condition ne ſont en aucun cas appellés au fidéicommis, s'ils ne ſont grévés de rendre à d'autres, *ibid.*
Par la reſtitution du fidéicommis, les actions actives & paſſives ſont transférées de plein droit au ſubſtitué, 291
Mais pour les intérêts qui ont couru ſur la tête du grévé, on peut agir à ſon choix, ou contre lui, ou contre le ſubſtitué, *ibid.*
Si les prélégats ſont compris dans les fidéicommis, *ibid.*
Les ſubſtitutions alloient juſqu'à quatre dégrés ou générations, l'inſtitution non compriſe; mais elles ne peuvent plus aller qu'à deux dégrés, 295

Et les degrés doivent même se compter par têtes, & non par générations ou par souches, 296
Comme aussi le substitué qui répudie ou qui meurt, n'est pas compté, & ne fait pas de degré, s'il n'avoit pas accepté, ou ne s'étoit pas immiscé, 297
De la publication & enrégistrement des substitutions dans le délai de six mois, à l'égard des créanciers & des tiers acquéreurs, *ibid.*
Le créancier ou acquéreur qui auroit connu d'ailleurs la substitution, peut même opposer le défaut de publication, 298
De la restitution anticipée des fidéicommis, au préjudice des autres éligibles, 301
De la restitution anticipée des fidéicommis, au préjudice des créanciers & tiers acquéreurs, 455
Si l'héritier grévé peut être chargé de rendre son propre bien, ou au-delà de ce qu'il a reçu du testateur, & comment, 310
De la substitution aux biens donnés faites après coup, & qu'elle n'est plus permise, 305 & 308
On ne peut pas même substituer après coup aux biens donnés, quand on s'en feroit réservé la faculté en donnant, 306
On n'excepte que le cas où l'on feroit une nouvelle liberarité au donataire, qu'on lui substitueroit pour le tout, & qu'il accepteroit, 306 & 307
Et on excepte aussi les donations faites entre mariés durant le mariage, ou les donations faites aux enfans en puissance & hors de leur contrat de mariage, qui ne valent que comme des donations à cause de mort, 308
Les biens meubles & droits peuvent être substitués, de même que les immeubles, & comment, 309
Le bail de caution à l'égard des effets mobiliaires substitués, a été rendu inutile pour l'emploi du prix & le remploi nouvellement introduits, *ibid.*
Des paroles de recommandation ou de pur conseil ne suffisent pas pour établir une substitution, 312
De l'héritier grévé de rendre ce qu'il aura de reste de l'hérédité, 311
Si le grévé de rendre à plusieursen peut élire un seul, 302

Succession.

Les condamnés à mort civile, même par défaut, ne peuvent pas succéder, 318
Si le condamné par contumace qui a prescrit, devient capable de succéder pour l'avenir, 319
Les Religieux Profès ne peuvent pas succéder, s'il en est de même de ceux qui sont sécularisés, *ibid.*
On peut succéder à un Religieux fait Evêque, *ibid.*
On succéde aux Ecclésiastiques, même pour les fruits de leurs bénéfices, *ibid.*
Les Ecclésiastiques non Religieux succédent aussi à leurs parens, *ibid.*
Les Peres de l'Oratoire peuvent aussi succéder, 320
Que faut-il dire des Jésuites congédiés ou licenciés, *ibid.*
Et des peres de la Doctrine Chrétienne, *ibid.*
Les étrangers ne peuvent pas succéder en France à leurs parens, *ibid.*
Les enfans de l'étranger nés & réfidens en France, & leurs autres parens leur succédent, *ibid.*
Le François établi pour toujours en pays étrangers ne succéde pas à ses parens en France, & s'il en est de même des Religionnaires fugitifs, *ibid.*
La succession *ab inteſtat* va en premier lieu aux enfans, soit mâles, ou filles, émancipés, ou non, *ibid.*
Mais les enfans qui naissent morts ou non visibles, ou qui dégénérent en monstre, sont exclus de succéder, 321
Comme aussi les enfans bâtards ne peuvent pas succéder, s'ils n'ont été légitimés par mariage subséquent, ou par des Lettres du Prince obtenues tandis qu'on n'avoit pas d'enfans légitimes, & il faut aussi qu'ils ne soient ni adultérins ni incestueux, 44 & 321
Les enfans nés des mariages clandestins & tenus secrets ne peuvent pas non plus succéder, 321
Ni les enfans nés des mariages contractés à l'extrêmité de la vie après un concubinage, *ibid.*
Ni les enfans du mariage des condamnés à mort civile, *ibid.*
En défaut d'enfans en premier dégré, ou de quelqu'un d'eux, les petits-fils succédent à leur place, & par souches, *ibid.*
De même quand quelqu'un des enfans est mort civilement, ou répudié, les petits-fils prennent sa place, 322
Les enfans d'un fils exclu pour avoir tué ses parens, ne succédent pas à celui qui a été tué, & s'il en est de même des enfans d'un homme qui a tué sa femme, *ibid.*
Les enfans du fils justement exhérédé succédent

à l'ayeul, si leur pere est mort avant ledit ayeul, *ibid.*
En défaut d'enfans ou descendans du défunt, ses ascendans lui succédent, 324
Et les plus proches ascendans excluent les plus éloignés, *ibid.*
La régle *paterna paternis*, n'a pas lieu dans les pays de Droit Ecrit, ni l'Edit des meres, 324 & 325
Les freres ou sœurs germains du défunt lui succédent concurremment avec les ascendans, & même les enfans desdits germains y concurrent, s'ils viennent avec quelqu'un de leurs oncles ou tantes, 325
Mais les petits-fils d'un frere du défunt n'y concourent pas, 326
Les ascendans excluent tous les autres collatéraux, & même les freres du défunt d'un seul côté, *ibid.*
Les ayeuls excluent aussi les oncles ou tantes du défunt, *ibid.*
Quand il y a plus d'ascendans d'un côté que de l'autre, concourant avec des freres germains du défunt, quelle doit être la portion desdits ascendans, *ibid.*
Le second mariage des ascendans ne les empêche pas de succéder à leurs enfans du premier lit, sauf à la portion du gain nuptial, & aux biens provenant du chef du conjoint prédécédé, 327
En défaut de descendans & d'ascendans, les freres & sœurs germains du défunt lui succédent les premiers, fauf en quelques cas exceptés, *ibid.*
En ligne collatérale les freres & sœurs germains succédant, les enfans desdits freres prédécédés concourent aussi à la succession, & par souches, 328
Car le double lien fait que les freres germains du défunt excluent les freres d'un seul côté, & que les enfans desdits germains excluent aussi lesdits freres *ex uno latere*, *ibid.*
Mais si les enfans des freres germains n'ont à combattre que contre d'autres enfans de freres, même d'un seul côté, il ne les excluent pas, & les uns & les autres succédent alors par têtes, *ibid.*
Cependant la répudiation que feroient les freres du défunt, soit germains, soit d'un seul côté, n'empêcheroient pas les enfans des freres germains d'exclure les enfans des freres *ex uno latere*, ibid.
Ce double lien n'a pas lieu, non plus que la représentation en ligne collatérale, au-delà des freres, & des enfans en premier dégré des freres du défunt, 329
Les petits-fils des freres germains du défunt n'excluent pas les petits-fils des freres d'un seul côté, *ibid.*
Ni les oncles du défunt qui seroient conjoints des deux côtés au pere dudit défunt, n'excluroient pas les oncles, conjoints d'un seul côté, *ibid.*
L'oncle même conjoint d'un seul côté au pere du défunt, excluroit les cousins germains, enfans de l'oncle conjoint des deux côtés, *ibid.*
Les freres & sœurs du défunt *ex uno latere*, excluent les oncles & tantes du défunt, *ibid.*
Les neveux même du défunt *ex uno latere*, quand ils viendroient seuls à la succession, excluent les oncles & tantes du défunt, *ibid.*
Le droit de répréfention fait succéder par souches, & n'a pas lieu au-delà des freres & enfant des freres, 330
Ce droit de représentation n'est accordé aux enfans des freres du défunt, que quand ils concourent avec quelqu'un de leurs oncles ou tantes, *ibid.*
Cependant lorsque les enfans de divers freres germains viennent à la succession, en excluant, à cause de leur double lien, les freres ou sœurs du défunt d'un seul côté, ces enfans succédent par souches, *ibid.*
Comme aussi les enfans de divers freres ou sœurs prédécédés, venant à la succession avec des oncles même du défunt, & les excluant, ces enfans succédent aussi par souches, *ibid.*
Le neveu du défunt succéde, à l'exclusion de l'oncle du défunt, & même le neveu du défunt *ex uno latere* exclut l'oncle du défunt, 331
A défaut de freres & de neveux du défunt, le collatéral le plus proche succéde; & s'il y en a plusieurs au même dégré, soit paternels, ou maternels, tous succédent par égales parts, & par têtes, *ibid.*
Quand les collatéraux de diverses branches prétendent succéder, pour sçavoir quel est le plus proche en dégré, chacun n'est tenu de monter qu'à la souche commune à lui & au défunt, & non à la souche qui est commune à tous, 332
Des successions dans les Pays Coûtumiers, 332 & 333
Pour pouvoir succéder, soit en ligne directe ou collatérale, il suffit d'être conçu lors de la

mort de celui de la succeſſion duquel il s'agit, pourvû qu'enſuite on naiſſe vital ou viable, 339

Si le petit-fils qui n'étoit ni né ni conçu lors de la mort de ſon ayeul, peut lui ſuccéder, & accepter ſa ſucceſſion qui ſe trouve vacante, *ibid.*

Le double lien n'a pas lieu, en fait de ſucceſſions, dans la Coûtume de Toulouſe, 341

La proximité du dégré pour ſuccéder, lorſqu'il y a une répudiation, ſe régle au jour de la répudiation en faveur du parent qui eſt alors le plus proche, ſoit que ce ſoit l'héritier teſtamentaire, ou le ſucceſſeur légitime qui répudient, 342

La mere paſſant à de ſecondes nôces, ſans faire pourvoir de tuteur à ſes enfans pupilles, rendre compte, & payer le reliqua, eſt privée de la ſucceſſion deſdits pupilles, ſi ſa minorité ne l'excuſe; même ſes enfans du ſecond lit en ſont privés, ſi elle eſt vivante, 59 & 343

Cette peine de la privation de la ſucceſſion des pupilles eſt commune à tous les ſucceſſeurs *ab inteſtat*, 343

Les ſucceſſions ſont déférées aux parens, au-delà même du dixieme dégré, & à l'infini, 347

A défaut de parens, les Seigneurs Hauts-Juſticiers ſuccédent aux biens qui ſe trouvent dans leur Juriſdiction, *ibid.*

Voyez *Deshérence.*

La ſucceſſion réciproque du mari & de la femme, à défaut de teſtament & de parens, a pourtant lieu en France, à l'excluſion du Fiſc, leſdits mariés fuſſent-ils même bâtards, à l'excluſion du droit de bâtardiſe & du droit de deshérence, 349

Exceptions à cette régle; *ibid.*

Le droit d'aubaine empêche le mari & la femme de ſe ſuccéder, *ibid*

Suggeſtion.

De la ſuggeſtion & captation, 235

De la ſuggeſtion & captation de la part des Religieux, 207 & 210

Surannation.

Surannation des procurations *ad reſignandum*, 522

Survie.

De la préſomption de ſurvie, & qu'une perſonne a ſurvécu à l'autre, en matiere de ſucceſſion, & autres cas, 337 & 338

T

Tailles.

VOYEZ *Fruits.*

Talion.

La peine du talion eſt abrogée en France, 446

Témoins.

Voyez *Teſtament.*

Terme.

Voyez *Délai.*

N'y ayant pas dans une obligation de terme pour le payement, la choſe eſt dûe & exigible après un modique intervalle; & s'il y a un terme, le dernier jour dudit terme doit être expiré, 372

Le terme dans les obligations eſt le plus ſouvent cenſé appoſé en faveur de l'obligé, *ibid.*

Quand le terme paroît appoſé en faveur du créancier, on ne peut lui payer avant le terme, autrement on peut anticiper le payement, ſi l'on veut, 425

Du prêt des grains, pour rendre, ſans dire en quel tems, *ibid.*

Teſtament.

Voyez *Prétérition.*

L'uſage des ſceaux ou cachets des témoins n'eſt plus néceſſaire aux teſtamens, 169

Il faut ſept témoins à un teſtament, y compris au moins le Notaire, ſi la Coûtume locale n'en a relaché le nombre, comme à Montpellier & à Toulouſe, ou s'il n'eſt fait entre enfans, *ibid.*

Les teſtamens doivent être reçus par une perſonne publique qui en ait le pouvoir, s'ils ne ſont purement olographes, *ibid.*

Et le teſtament doit être écrit par le Notaire, ou autre perſonne publique, qui le reçoit, 170

Du teſtament nuncupatif écrit, & qu'il doit en être fait lecture, & mention de ladite lecture, *ibid.*

De la ſignature des témoins, du Notaire, & du teſtateur, 171

Le teſtament doit être fait *uno contextu*, *ibid.*

Voyez *Preuve.*

La date & le lieu doivent être mis dans les teſtamens, 173

Des teſtamens clos & ſecrets, & de leur ſuſcription, *ibid.*

Ceux

Ceux qui ne ſavent ou ne peuvent lire, & lire même la lettre de main, ne peuvent pas faire de teſtament clos, 174
Ceux qui ſavent écrire, quoiqu'ils ne puiſſent pas parler, peuvent faire un teſtament clos, *ibid.*
La clauſe *lû & relû*, eſt inutile dans les teſtamens, *ibid.*
De l'ouverture des teſtamens clos, *ibid.*
Le teſtamens olographes ne valent en Pays de Droit Ecrit que pour les enfans & deſcendans, & doivent être en entier, écrits, datés, & ſignés par le teſtateur, 175
On ne peut pas même en Pays de Droit Ecrit faire un teſtament olographe en faveur de la cauſe pie, 176
Si le teſtament clos, écrit, daté, & ſigné par le teſtateur, peut valoir, & être converti en olographe, *ibid.*
Du teſtament clos qui ſe trouve ouvert, *ibid.*
Le teſtament doit être parfait en la forme en laquelle il a été commencé, *ibid.*
Les teſtamens n'exigent que les formalités & ſolemnités du lieu où ils ſont faits, fût-ce même en Pays étrangers, *ibid.*
Par quelle Coûtume ſe regle-t-on, quant à la capacité ou âge du teſtateur, ou pour la maniere de ſuccéder, *ibid.*
De l'âge & qualités des témoins aux teſtamens, & autres actes à cauſe de mort, 176 & 177
Les témoins doivent être mâles, régnicoles, capables des effets civils, non Religieux Profès, ni Novices, 177
Les Clercs, ou domeſtiques du Notaire, ne peuvent pas y être témoins, *ibid.*
Des témoins parens du Notaire, *ibid.*
La capacité ou incapacité des témoins ne ſe conſidére qu'au tems de la faction du teſtament, 178
Les pere & fils peuvent être témoins au teſtament d'un tiers, *ibid.*
L'héritier inſtitué, ni le ſubſtitué, ne peuvent être témoins, ni le pere de l'héritier qui l'a en ſa puiſſance, ni ſes enfans non émancipés, ni ſes freres en puiſſance du même pere, *ibid.*
Mais les oncles, couſins, ou autres parens de l'héritier, peuvent être témoins, & on ne peut pas les reprocher comme dans les enquêtes, 179
Le fils peut auſſi être témoin au teſtament où ſa mere eſt inſtituée héritiere, & le frere émancipé dans le teſtament où ſon frere eſt héritier inſtitué, *ibid.*
L'héritier & le ſubſtitué univerſel ne peuvent pas ſervir de témoins au teſtament, ni à l'acte de ſuſcription, *ibid.*
Si le pere, les enfans ou les freres de l'héritier ou du ſubſtitué, peuvent être témoins à l'acte de ſuſcription, 179 & 180
Les légataires univerſels ou particuliers ne peuvent être témoins que pour l'acte de ſuſcription, *ibid.*
Le fils ou le petit fils non émancipés du teſtateur, ni ſon pere qui l'a ſous ſa puiſſance, ni les freres non émancipés dudit teſtateur, ne peuvent pas être témoins au teſtament l'un de l'autre, *ibid.*
Les parens des légataires peuvent être témoins, & s'il en eſt de même des parens communs des parties & du teſtateur, 180
Le Notaire ou autre perſonne publique qui reçoit le teſtament, peut-il être parent de l'héritier, ou de celui qui y a un gros légat, *ibid.*
Les Notaires ni les Curés ne peuvent retenir des teſtamens, & autres actes de derniere volonté, où il y auroit des libéralités pour eux, 181
Le Notaire peut être compté pour un témoin, excepté dans le cas où deux témoins ſuffiſent, 180
Les teſtamens verbaux qui valoient au moyen, de la réſomption des témoins, ſont abrogés, & la preuve vocale en eſt abſolument défendue, 169
Les Curés peuvent retenir les teſtamens de leurs Paroiſſiens, dans quels lieux, & comment; les Deſſervans la Cure peuvent auſſi les retenir, comme auſſi les Chapelains des Hôpitaux, mais non pas les Vicaires des Curés, 181 & 182
Les Curés, après avoir reçu le teſtament, doivent le remettre chez un Notaire, 182
Du teſtament militaire & de ſa forme; qu'il doit être prouvé par écrit, & non par témoins, *ibid.*
Les teſtamens & codiciles militaires olographes, datés, écrits, & ſignés par le ſoldat, en quelque pays que ce ſoit, ſont bons, 183
A quelles perſonnes eſt accordé le privilege de teſter militairement, 184
Il eſt accordé aux priſonniers de guerre, *ibid.*
Les teſtamens militaires faits ſans toutes les formalités, par ceux qui ſans être ſoldats ſont à la ſuite des troupes, demeurent nuls

après six mois que le testateur est revenu dans un lieu où il peut tester *jure communi*, & à l'égard des soldats après un an, 184 & 186
Les testamens & dispositions de derniere volonté par signes sont nulles, 185
Comme aussi les testamens déclarés par un *oui*, ou par monosyllabes, 186
Les testamens par lettres missives, ou par des billets, sont nuls, *ibid.*
Simples projets des testamens sont nuls, *ibid.*
Les testamens mutuels sont abrogés & nuls *ibid.*
Les testamens en tems de peste, & comment ils peuvent être faits, 187
Les testamens olographes, écrits, datés, & signés par le testateur, sont bons en tems de peste dans tous les pays, *ibid.*
A qui appartient la faculté des testamens faits en tems de peste, 187 & 188
Les testamens faits en tems de peste, sans toutes les formalités, ne durent que six mois après qu'elle a cessé, 188
Les testamens faits aux champs avec 5 témoins seulement ne sont plus permis, 188 & 189
Les testamens faits en faveur des successeurs légitimes, ou de quelqu'un d'entr'eux, avec cinq témoins, sont abrogés & nuls; si ce n'est pour les lieux où le Statut a diminué le nombre des témoins, ou s'ils contiennent la clause codicillaire, 189
En Pays de Droit Ecrit le fils de famille ne peut tester que de ses biens castrenses ou quasi castrenses, & non de ses autres biens, même avec le consentement de son pere, 190
Le fils de famille peut pourtant tester entre ses enfans seulement sans le consentement de son pere, ou en faveur de la cause pie avec le consentement exprès de son pere, *ibid.*
De plus, le fils de famille non émancipé, du moins tacitement, quoiqu'il ne puisse pas tester, peut faire donation à cause de mort du consentement de son pere, soit à son pere lui-même, ou à un autre, *ibid.*
Ou même il peut faire un testament qui contienne la clause de donation à cause de mort, *ibid.*
Des testamens faits à Montpellier par les femmes sans enfans au profit de leur mari, 191
Le seul laps de tems ne donne pas atteinte aux testamens, 188
De l'âge pour tester ès pays Coutumiers, 191
En Pays de Droit Ecrit on peut tester à la puberté accomplie, même le dernier jour de la puberté, & l'avant dernier jour, si on est né le 25 février d'une année bissextile, *ibid.*
Les furieux imbécilles, &c. ne peuvent pas tester, & l'on reçoit la preuve de la démence, 172 & 191
Le testament fait par celui qui vient à être condamné à mort civile, est nul, tout comme dans cet état il ne peut pas tester, 193 & 229
En est-il de même, s'il meurt pendant l'appel, ou s'il vient à être rétabli, 193
En est il de même du testament de celui qui est condamné par contumace, 230
Le prodigue interdit ne peut pas tester, 193
Des testamens de ceux qui sont sourds & muets, & comment ils peuvent tester, 193 & 194
Des testamens des aveugles, & comment ils peuvent tester, 194 & 195
Le testament fait avant la captivité, ou même dans la captivité, vaut, 184 & 195
Le testament du François fait dans les pays pays étrangers, suivant les formes qui s'y observent, est bon, 8
Des testamens faits en France par des étrangers, 195 & 196
Le Religieux Novice qui a fait un testament olographe, doit le reconnoître par un acte public avant sa Profession, à peine de nullité, 196
De la prétérition dans les testamens, voyez *Prétérition.* *ibid.*
On ne peut pas décéder partie avec un testament valable, & partie sans testament, 211
Un second testament parfait révoque de plein droit le premier aussi parfait, 226
Mais un projet de testament, ni un testament imparfait, ne révoquent pas un précédent testament parfait, 227
Un premier testament entre enfans n'est pas révoqué par un second fait au profit des étrangers, si celui-ci ne révoque expressément le premier, 227
Le second testament parfait révoque le premier, quand bien l'héritier de ce second testament ne voudroit pas, ou ne pourroit pas être héritier, & alors on ouvre la succession *ab intestat*, 228
Mais si le second héritier est incapable ou

indigne, on n'ouvre pas la succession *ab intestat*; car le premier testament alors subsiste, *ibid.*
De quoi est-il permis de tester dans les Pays Coutumiers, 317 & 318
Les testamens en Pays Coutumiers ne sont proprement que des codiciles, 312
Une déclaration de révocation d'un testament, faite devant un Notaire & sept témoins, & de vouloir mourir *ab intestat*, révoque le précédent testament, 230
La donation entre-vifs de tous les biens présens & à venir, faite en contrat de mariage, révoque le testament précédent fait par le donateur, *ibid.*
En est-il de même d'une donation universelle à cause de mort, *ibid.*
Des testamens fait par un pere, ou mere, en colere ou par haine, 235
L'approbation du testament faite au moyen de la réception du legs y contenu, ne prive pas le légitimaire du supplément de sa légitime, 241
Ni d'attaquer ensuite le testament comme nul ou faux, ni après y avoir succombé, de demander le legs, *ibid.*
Ni d'attaquer le testament par le défaut d'institution du légitimaire, en ce qui lui a été laissé, 243
Des dispositions ineptes dans les testamens, 386

Titre.

Le titre, *de plus petitionibus*, n'a pas lieu en France, 463

Tradition.

De la tradition feinte, en matiere de ventes, baux à loyer, &c. elle a l'effet d'une tradition réelle contre le vendeur, &c. mais non pas contre un second acheteur, donataire, ou fermier qui auroient pris la possession réelle du fonds, 105 & 141
De la maxime, *traditionibus, non nudis pactis, dominia transferuntur*, 400

Transmission.

Voyez *Hérédité, Legs, Substitution.*
Ce que c'est que la transmission, 285
Les obligations conditionnelles se transmettent aux héritiers, *ibid.*

Trésor.

Définition du trésor, 102
En Pays de Droit Ecrit, le trésor trouvé fortuitement appartient moitié à celui qui l'a trouvé, & moitié au maître du fonds, & s'il en est de même en Pays Coutumier, *ibid.*
L'usufruitier d'un fonds n'a aucun droit sur le trésor qui est trouvé, 103
Le trésor trouvé dans un lieu royal, ou dans les terres du Domaine du Roi, ou dans un chemin public, appartient moitié au Roi, & moitié à celui qui l'a trouvé, *ibid.*
A qui adjuge-t-on le trésor trouvé dans un lieu saint & religieux, ou dans un cimetiere, *ibid.*

Tutelle, Tuteur.

Les tutelles sont datives en France, 56
Du tuteur testamentaire nommé par le pere ou par la mere, & que quand leur choix n'est pas attaqué. ces tuteurs n'ont pas besoin de la confirmation du Juge, 57
Les fols & les mineurs ne peuvent pas être tuteurs, 57 & 77
Les meres mineures peuvent pourtant être tutrices, quand elles ont été nommées par le testament de leur mari, 57
Les femmes en général sont exclues des tutelles, & même des assemblées tenues pour nommer un tuteur, 58
Les tuteurs ne sont point donnés à tems, ni sous conditions, *ibid.*
Des assemblées des parens devant le Juge pour nommer un tuteur, *ibid.*
La tutelle peut être déférée indifféremment aux parens paternels ou maternels, ou aux alliez en leur défaut, ou aux voisins & étrangers en défaut d'autres, 58 & 77
La tutelle déférée par la Loi à la mere majeure, ou l'ayeule, est une tutelle légitime & de droit, 59
Et elles sont tenues d'agir & de défendre comme tutrices, jusqu'à ce qu'elles aient fait nommer un autre tuteur, *ibid.*
Les meres qui se remarient, ou qui malversent, sans avoir fait pourvoir de tuteur à leurs pupilles d'un premier lit, sont-elles soumises, si elles ne sont mineures, aux peines des secondes nôces dans l'an du deuil, 59 & 343
L'indignité pour la tutelle passe aux parens de la mere qui en est privée pour sa malversation, 60
De la tutelle légitime ou légale du pere, après qu'il a émancipé son fils, 62
C'est le Juge du domicile des pupilles qui donne ou défere la tutelle, *ibid.*
Le tuteur, d'abord après qu'il a prêté le ser-

ment, doit faire un inventaire, d'autorité de Justice ; des effets du pupille, & aux frais dudit pupille, autrement il s'expose au ſerment *in litem*, 63
L'inventaire ne peut être prohibé au tuteur par le pere, s'il ne l'a fait lui même, *ibid.*
Il ne peut pas non plus le décharger de rendre compte, 63, & 66
Le tuteur doit élever le pupille, & lui fournir les alimens, mais non au delà des revenus du pupille, ni vendre des effets pour cela, ſans l'avis des parens & permiſſion du Juge, autrement c'eſt en pure perte pour lui, *ibid.*
Après l'inventaire fait, le tuteur doit faire procéder, d'autorité de Juſtice, à la vente des effets périſſables & inutiles, 63
Il doit affermer les immeubles du pupille, s'il ſe peut, 64
Il doit payer les dettes paſſives du prix de la vente deſdits effets, &c. & placer le reſtant en fonds ou en rente, *ibid.*
Il doit placer auſſi les ſommes qu'il trouve dans l'hérédité, dans ſix mois, & celles qu'il reçoit dans le cours de l'adminiſtration, dans deux mois, autrement il en doit les intérêts, *ibid.*
Comment le tuteur doit les intérêts des intérêts, ou des épargnes, *ibid.*
Le tuteur eſt reſponſable de ce qu'il a manqué de faire, & de ce qu'il a mal fait, 65
Si le tuteur n'a pu parvenir à placer les ſommes, il doit juſtifier de ſes diligences & de l'avis des parens à ce ſujet, *ibid.*
De la reddition de compte après la tutelle finie, *ibid.*
Le tuteur doit juſtifier ſon compte par des quittances, ſauf pour ce qui regarde les dépenſes ordinaires & néceſſaires, ou utiles, *ibid.*
La tutelle dure ou eſt cenſée durer juſqu'à la reddition de compte & clôture, & paiement du reliqua, 65 & 66
Cependant l'action en reddition de compte ſe preſcrit par trente ans depuis que l'adminiſtration a fini, 66
Le compte tutelaire doit être clos en Juſtice par des Arbitres, 65
Aucune tranſaction, ni acte de décharge, ni autre acte, ne diſpenſent pas le tuteur de la reddition de compte, & le mineur même devenu majeur peut attaquer ces actes pendant trente ans, 66
Le compte tutelaire eſt rendu aux dépens du pupille ou mineur, ſauf que le tuteur doit en avancer les frais, *ibid.*
Le tuteur doit rendre compte, quand même il en auroit été déchargée par le pere du pupille dans ſon teſtament, *ibid.*
Le tuteur qui a fait des dépenſes honnêtes & utiles, n'eſt pas reſponſable des événemens, & a droit de les répéter, 65
Le pupille a hypothéque ſur les biens du tuteur pour ſon reliqua, du jour de la dation de tutelle, & même la contrainte par corps, 66
Mais le tuteur pour les avances qu'il a faites, ou reliqua à lui dû, n'a hypothéque que du jour de la cloture de ſon compte, *ibid.*
On n'adjuge au tuteur les intérêts de ſes avances que du jour qu'il a remis les biens au mineur, 67
Les pupilles ne peuvent pas, ſans l'aſſiſtance de leur tuteur, rendre leur condition plus mauvaiſe ; mais ils peuvent la rendre meilleure, 68
C'eſt le tuteur lui-même qui en cette qualité agit & traite pour le pupille, *ibid.*
On ne donne pas de tuteur à celui qui a déjà un tuteur ; mais on lui donne un curateur, quand il en eſt beſoin pour quelque procès, 68 & 70
La tutelle finit à la puberté dans les Pays de Droit Ecrit ; mais dans les Pays Coutumiers elle eſt confondue avec la curatelle, & dure juſqu'à la majorité, 68 & 69
Le tuteur eſt privé de la tutelle par les condamnations à une peine qui emporte la mort civile, ou de même à une autre peine infamante, 69
Des tuteurs ſubrogés ; & qu'ils ne ſont pas reſponſables de l'adminiſtration du tuteur, 72
S'il en eſt de même des tuteurs honoraires, *ibid.*
Des tuteurs appellés *notitiæ causâ*, & des perſonnes dont le tuteur eſt chargé de prendre l'avis, *ibid.*
Le cautionnement des tuteurs eſt abrogé en France ; & ſi un tuteur qui offriroit de cautionner, ſeroit préféré à l'autre, 73
Quand eſt-ce que les parens nominateurs répondent de l'inſolvabilité du tuteur, *ibid.*
Si le Juge en eſt ſubſidiairement reſponſable, 74
Il n'y a pas de ſolidité entre pluſieurs tuteurs, quand la tutelle a été diviſée entr'eux par le teſtateur ou par le Juge, *ibid.*
De la maniere d'élire des tuteurs à ceux qui ont des biens dans les Colonies de l'Amérique,

rique, *ibid.*
Cinq enfans légitimes & vivans excuſent de la tutelle, 75
L'enfant conçu eſt compté dans ce nombre, comme auſſi l'enfant Religieux, ou qui eſt mort au ſervice du Prince, *ibid.*
Les Tréſoriers, Receveurs, Comptables, &c. ſont exempts ou affranchis de la charge de tutelle, *ibid.*
Un procès conſidérable avec le pupille peut excuſer de la tutelle, 76
Le créancier ou le débiteur du pupille peuvent être ſes tuteurs, & ſi pour n'avoir pas déclaré leur qualité, ils perdent leur dette, &c. *ibid.*
Des excuſes de tutelle priſes des inimitiés, maladie, âge, ignorance, &c. *ibid.*
Du tuteur étranger ou inconnu, quand il y a des parens ou alliés, 76
On doit prendre réguliérement le tuteur du même lieu, 77
Les mineurs ne peuvent pas être tuteurs, ni les gens de guerre ne peuvent pas l'être, s'ils n'y conſentent, *ibid.*
De l'exemption de tutelle, pour les Profeſſeurs, Avocats, & Médecins, *ibid.*
Le tuteur peut s'excuſer devant le Juge qui l'a nommé, ou être appellant de ſa nomination, *ibid.*
Le tuteur après ſa charge finie, ne peut pas être forcé d'être curateur, 78
La tutelle & la curatelle ſont confondues dans les Pays Coutumiers, *ibid.*
Les tuteurs ou curateurs ne peuvent être accuſés comme ſuſpects que par les parens, ou par les Procureurs du Roi ou des Seigneurs, *ibid.*
La pauvreté ſeule n'eſt pas un moyen d'excluſion de la tutelle, *ibid.*
Des ſalaires ou appointemens des tuteurs, *ibid.*
Les tuteurs & autres adminiſtrateurs ne peuvent pas être inſtitués héritiers par ceux dont ils régiſſent les affaires, directement ni indirectement, avant la reddition de compte s'ils ne ſont les plus proches parens, 209 & 210.
Les tuteurs ou adminiſtrateurs ne ſont pas tenus en leur propre, s'ils ne ſe ſont obligés ſur leurs propres biens dans les contrats qu'ils ont paſſé, 469

V

Vacans.

Les biens vacans par deshérence appartiennent au Seigneur Haut-Juſticier du lieu, 105
Les biens vacans par abandon ou déguerpiſſement reviennent au Seigneur féodal, & comment, 106
Les vacans ou garrigues appartiennent au Seigneur féodal, *ibid.*

Velleyen.

Le Sénatus-Conſulte Velleyen a lieu en Pays de Droit Ecrit, & même à Toulouſe, en faveur des femmes ou filles qui ont cautionné ou ſe ſont obligées pour autrui, en prenant des Lettres royaux dans le dix années, 393 & 394
Ce qui a lieu auſſi, ſoit que la femme ait cautionné ou ſe ſoit obligée pour ſon pere, ou pour ſes enfans, quoique leur tutrice, ou pour ſon mari, 394
Même quoique la femme ait ſollicité le prêt ou emprunt, *ibid.*
Le Velleyen n'a pas lieu, quand la femme s'eſt obligée pour tirer ſon mari ou ſon fils de priſon, *ibid.*
Le Velleyen a-t-il lieu pour la femme qui a payé, en vertu de l'obligation ou interceſſion antérieure qu'elle avoit contracté pour autrui, 361
Les créanciers de la femme ne peuvent pas uſer du Velleyen malgré elle, ni ſes héritiers, ſi elle ne s'eſt pas plainte de ſon vivant, 395

Veuve.

Voyez *Deuil.*
La veuve pauvre n'obtient pas en propriété aujourd'hui le quart des biens de ſon mari, mais on lui donne une penſion convenable, 349

Viable.

Le part n'eſt pas vital ou viable avant le ſeptiéme mois, du moins commencé, 201

Virile.

Voyez *Augment.*
Voyez *Légitime.*

Viſites.

Des viſites & recherches dans les maiſons des particuliers, 434

Vol , Voleur.

C'eſt un vol de ne pas rendre ce qu'on a trouvé , ou de n'en pas chercher le maître , 91
Le voleur pris en flagrant délit peut être arrêté ſans information ni décret précédent , 434
Il n'y a point de vol ſans le deſſein de voler , *ibid.*
De la peine des voleurs chez les Romains , & & en France , 435
Il n'y a pas de vol pour le meſuſage d'un dépôt , d'un effet prêté ou baillé en gage , &c. & il n'y échoit que l'action civile en dommages & intérêts , 436
Si celui qui a conſeillé un vol , peut être tenu des dommages & intérêts envers la perſonne volée , 437
Des vols faits par les enfans à leur pere , ou par la femme à ſon mari , *ibid.*
Le maître de la choſe volée peut la révendiquer d'un tiers que l'a achetée , ſans en rendre le prix ; ſi ce n'eſt qu'il l'eût achetée en Foire & de bonne foi , 439 & 440
S'il eſt permis de tuer le voleur , 442
Du vol d'un argent dépoſé , 367

Volonté.

La volonté n'eſt pas punie en France , pourvû qu'elle n'ait pas été ſuivie d'entrepriſe ni de l'effet : car l'entrepriſe dans les crimes graves eſt même punie des mêmes peines que le crime conſommé , 436

Voie de fait , Violence.

L'enlevement de voie de fait de ſa propre choſe ne fait pas perdre le droit qu'on y a , excepté en un cas , 440 & 441

Univerſitatis res.

Des choſes qu'on appelle publiques , ou *univerſitatis* , telles que les places , promenades , murs des Villes , &c. 84
Ces choſes ne peuvent pas être preſcrites , 129

Uſager , Uſage.

De l'uſage & habitation d'une maiſon , 123
L'uſager qui perçoit tous les fruits de la choſe dont il a l'uſage , doit en payer les charges , tailles , & réparations , tout de même qu'un uſufruitier ; mais non pas s'il n'a qu'une partie des fruits ou de l'utile pour ſon uſage , *ibid.*

Uſucapion.

L'uſucapion , ou preſcription des meubles par trois années , n'a pas lieu en France , 125
L'uſucapion , ou preſcription des immeubles par dix ou vingt années , avec titre & bonne foi , n'a pas lieu dans les Pays de Droit Ecrit , 127

Uſufruit , Uſufruitier.

L'uſufruitier ne gagne les fruits qu'autant qu'il les a cueillis & ſéparés du fonds avant la fin de l'uſufruit , 100
L'uſufruitier des choſes mobiliaires qui ne ſe conſument que peu-à-peu par l'uſage , ne doit les rendre , après l'uſufruit fini , qu'en l'état où elles ſe trouvent , 118
L'uſufruitier des choſes mobilaires qui ſe conſument dans l'inſtant par l'uſage , doit en rendre , après l'uſufruit fini , de même quantité , qualité & valeur comme s'il ne les avoit reçues qu'en prêt , *ibid.*
Le bail de caution des uſufruitiers des meubles , & autres choſes ſemblables leur peut être remis & relâché par le teſtateur , de même que par ſes héritiers , *ibid.*
Les uſufruitiers des immeubles ne ſont pas ſoumis à bailler caution , *ibid.*
Sans exiger de cautionnement de la part des uſufruitiers des choſes qui ſe conſument dans l'inſtant , on peut , ſi c'eſt de l'argent , en ordonner le placement , & ſi ce ſont des denrées , qu'elles ſeront vendues , & le prix placé , 119
L'uſufruitier des meubles & effets qui ſans ſe conſumer dépériſſent par l'uſage , n'eſt guères ſoumis non plus à bailler caution , s'il n'en trouve pas , *ibid.*
L'uſufruit finit par la mort de l'uſufruitier , *ibid.*
L'uſufruit étant laiſſé juſqu'à un certain tems ou condition , ſi ledit uſufruitier meurt avant ledit tems , l'uſufruit finit auſſi par ſa mort , ſans que ſes héritiers puiſſent le prétendre , *ibid.*
Mais ſi un uſufruit eſt légué à quelqu'un juſqu'à ce que le fils du teſtateur , par exemple , ou autre tierce perſonne , ait un certain âge , quoique cela ſemble former une condition , néanmoins cette perſonne mourant avant ledit âge , l'uſufruitier continue de jouir juſqu'au tems marqué , 120

L'uſufruit finit par la mort civile de l'uſufruitier, & par ſa profeſſion Religieuſe ; mais un legs alimentaire ou une penſion viagere ne s'éteint pas par la mort civile ou Profeſſion du penſionnaire, *ibid.*
L'uſufruit laiſſé à une Communauté, Ville ou Corps qui ne meurent point, ne doit durer que trente ans, 121
L'uſufruit laiſſé à une perſonne, ou à ſes héritiers, ne doit pas paſſer la vie du premier héritier, *ibid.*
L'uſufruit finit par le non-uſage pendant trente ans, *ibid.*
L'uſufruitier eſt tenu de faire les mêmes réparations, & de payer les frais des cultures, *ibid.*
L'uſufruitier ni le propriétaire ne ſont pas obligés de refaire les parties de la maiſon tombées de vieilleſſe, 122
L'uſufruit finit par l'extinction totale de la choſe, ſans que le maître ſoit tenu de la rétablir ; mais s'il en reſte quelque partie, on en jouit, *ibid.*
L'uſufruit finit par le changement total fait par le teſtateur de ſon vivant ; mais ſi c'eſt ſon héritier qui ait fait ce changement, il en eſt reſponſable envers l'uſufruitier, *ibid.*
Le changement doit être total pour faire perdre l'uſufruit ; car le changement d'un champ, par exemple, en vigne ou en jardin ne le feroit pas perdre, *ibid.*
La faculté d'uſufruit peut être cédée ou tranſportée, auquel cas pourtant il ne finit que par la mort du cédant, 121
L'uſufruit auquel la femme eſt inſtituée, ou qui lui eſt légué de tous les biens, quoiqu'il y ait des enfans héritiers, n'eſt pas réduit à ſes alimens & à la prééminence dans la maiſon, & elle n'eſt pas comptable du ſurplus de cet uſufruit, à moins qu'il ne paroiſſe d'une volonté claire du teſtateur au contraire, 123
L'uſufruit ne finit que par la mort de l'uſufruitier, & non par celle du propriétaire des biens, 166

Uſufruit légal.

L'uſufruit légal eſt dû au pere, quoiqu'il ſoit remarié, ſur les biens adventifs de ſes enfans du premier lit, en Pays de Droit Ecrit, 163
Cet uſufruit n'a pas lieu dans les Pays Coutumiers, *ibid.*
Si cet uſufruit a lieu, quand le pere étant domicilié en Pays de Droit Ecrit, les biens ſont aſſis en Pays Coutumier, & *vice verſâ*, 164
Le pere peut ſe départir de l'uſufruit légal en faveur de ſon enfant, & le laiſſer jouir, ſans que les autres enfans puiſſent l'obliger à imputer les fruits ſur ſa légitime, ni à les rapporter, *ibid.*
Le pere ne peut renoncer à cet uſufruit au préjudice de ſon créancier & tiers acquéreurs, excepté à l'égard de la dot de la mere, *ibid.*
Le pere ne peut pas non plus renoncer à l'uſufruit qu'il s'eſt réſervé, en donnant à ſes enfans, *ibid.*
Le pere n'a pas l'uſufruit des biens caſtrenſes ou quaſi caſtrenſes de ſon fils, 165
Ni des biens donnés ou légués au fils, à condition que le pere n'en auroit pas l'uſufruit, à moins que celui qui l'a ainſi donné ou légué ne fût chargé de rendre ces biens à l'un des enfans, *ibid.*
Cependant cette prohibition d'uſufruit, ſi elle, eſt faite au pere par la mere, ne s'étend pas à la légitime maternelle dûe au fils, *ibid.*
L'uſufruit ne peut pas être prohibé au mari par celui qui donne ou légue à la femme, lorſqu'elle s'étoit conſtituée tous ſes biens préſens & à venir, *ibid.*
Le pere ſuccédant à l'un de ſes enfans, avec les autres enfans, n'a pas l'uſufruit des portions des autres enfans, quoiqu'il l'eût auparavant, quand même il offriroit de renoncer à la propriété de ſa portion, 166
Le pere demeure toujours privé de l'uſufruit des portions des biens que l'enfant décédé a eu de ſa mere, quoiqu'en ſe remariant il perde par le convol la propriété de la ſienne, *ibid.*
Un uſufruit étant légué à un fils de famille, & par-là étant acquis au pere, ne finit pas par la mort du fils ; mais le pere en jouit tant qu'il vit, malgré le prédécès du fils, à moins que ledit fils ne fût chargé de rendre à ſa mort à un tiers, 167
L'uſufruit dû au pere ne finit pas par la mort civile & confiſcation des biens du fils, & l'extinction en eſt ſuſpendue, tandis que le pere vit, *ibid.*
Mais l'uſufruit dû au pere dont les biens ſont confiſqués pour crime, finit par ladite mort civile du pere, de même que par ſa profeſſion religieuſe, en faveur du fils propriétaire des biens, 168
Le pere en émancipant ſon fils conſerve la moi-

tié de l'uſufruit qu'il avoit, même ſans réſervation, s'il n'y renonce par exprès; il en eſt autrement quand le fils eſt émancipé par la Coutume, ou bien par quelque dignité, *ibid.*

Le pere n'a aucun uſufruit ſur les biens acquis au fils après l'émancipation, *ibid.*

Ni ſur les biens que le pere a donné à ſon fils en le mariant, quoique ſans l'émanciper, *ibid.*

Ni ſur les biens donnés au fils par un étranger *causâ dotis*, *ibid.*

De l'uſufruit du mari ſur les immeubles dotaux à Montpellier, *ibid.*

Fin de la Table des Matieres.

FACULTÉ DE DROIT
Bibliothèque
DE TOULOUSE



